شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

المجلد الثالث

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

شرح فتح القدير
للعاجز الفقير

شرح فتح القدير
للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار احياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الجزء الثالث

بسم الله الرحمن الرحيم

(فصل) اعلم أن صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الى آخر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه فى البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه فى الماء والصيد هو الممتنع المتوحش فى أصل الخلقة

(فصل) فى جزاء الصيد (قوله اعلم أن صيد البر محرم الخ) أى قتله وان لم يأكله وأكله وان ذكاه المحرم وعن هذا لو اضطر محرم الى أكل الميتة أو الصيد يأكل الميتة لا الصيد على قول زفر لتعدد جهات حرمته عليه وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله يتناول الصيد ويؤدى الجزاء لان حرمة الميتة أغلظ ألا ترى أن حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الاحرام فهى موقتة بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما والصيد وان كان محظور الاحرام لكن عند الضرورة يرتفع الحظر فيقتله ويأكل منه ويؤدى الجزاء هكذا فى المبسوط وفى فتاوى قاضيخان أن المحرم اذا اضطر الى ميتة وصيد فالميتة أولى فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والحسن يذبح الصيد ولو كان الصيد مذبوحا فالصيد أولى عند الكل ولو وجد صيدا ولحم آدمى كان ذبح الصيد أولى ولو وجد صيدا وكلبا فالكلب أولى لان فى الصيد ارتكاب المحظورين وعن محمد الصيد أولى من لحم الخنزير ففى هذا خلاف ما ذكرناه من المبسوط (قوله وصيد البر الخ) ليس ما ذكره تعريفا لصيد البر بل للبرى من الاشياء ومراده تعريف البرى مطلقا ثم الصيد مطلقا فيعرف منهما صيد البر ولذا أفرد بعده الصيد فقال والصيد هو الممتنع الخ فينتظم منهما تعريف صيد البر هكذا هو ما توالده ومثواه فى البر مما هو ممتنع لتوحشه الكائن فى أصل الخلقة فيدخل الظبى المستأنس ويخرج البعير والشاة

(فصل) (قوله وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه فيه) قيل ما يأوى الى البحر وتوالده فى البر من صيد البر وما يتولد فى البحر ويكون فى البر كالضفدع من صيد البحر لان التوالد هو الاصل والكينونة بعد ذلك أمر عارض فيعتبر الاصل (قوله والصيد هو الممتنع المتوحش فى أصل الخلقة) قيد بالممتنع وهو الذى يمنع نفسه عن قصد اليه اما بقوائمه الاربع أو بجناحيه احترازا عن الدجاج والبط الاهلى وقيد بالمتوحش فى أصل

(فصل) لما كانت الجناية على الاحرام بالصيد نوعا آخر فصل عما قبله فى فصل على حدة (الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش فى أصل الخلقة) فقوله الحيوان بمنزلة الجنس وقوله الممتنع وهو الذى يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه أو بجناحيه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط وقوله المتوحش فى أصل الخلقة يدخل فيهما الحمام المسرول والظبى المستأنس وتخرج الابل المتوحشة لان الاستئناس فى الاول والتوحش فى الثانى عارضى لا معتبر به وهو على نوعين برى وهو ما يكون مولده ومثواه فى البر وبحرى وهو ما يكون مولده ومثواه فى الماء والاعتبار للمولد لانه الاصل فالبط والاوز برى لان مولدهما البر والضفدع بحرى لان مولده البحر (وصيد البحر حلال للمحرم) سواء كان مأكولا أو لم يكن (وصيد البر محرم عليه) لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية

(فصل) اعلم أن صيد البر (قال المصنف وصيد البر ما يكون توالده الخ) أقول الموصول عبارة عن الصيد فلا يلزم عموم التعريف عن المعرف (قوله اما بقوائمه أو بجناحيه) أقول فيخرج مثل السمك

واستثنى

واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهى الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد الغراب الذى يأكل الجيف هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله قال (واذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الآية نص على ايجاب الجزاء وأما الدلالة ففيها خلاف الشافعى رحمه الله هو يقول الجزاء تعلق بالقتل

المتوحشان العروض الوصف لهما وكون ذكاة الظبى المستأنس بالذبح والاهلى المتوحش بالعقر لا ينافيه لان الذكاة بالذبح والعقر دائران مع الامكان وعدمه لا مع الصيدية وعدمها ويخرج الكلب لانه ليس بصيد سواء كان أهليا أو وحشيا لان الكلب أهلى فى الاصل لكن ربما يتوحش وكذا السنور والاهلى ليس بصيد لانه مستأنس أما البرى منه ففيه روايتان عن أبى حنيفة هذا والمعول عليه فى كونه بريا وبحريا التوالد فى البر والبحر لا مع كون مثواه فيه كظاهر عبارة الكتاب كذا فى النهاية وعلى اعتباره لا يجب الجزاء بقتل كلب الماء والضفدع المائى لانه يعيش فى البر وهو مائى المولد واختلف فى أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط ففى المحيط كل ما يعيش فى الماء يحل قتله وصيده للمحرم اه قال بعضهم كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء وفى مناسك الكرمانى الذى يرخص من صيد البحر للمحرم هو السمك خاصة والاصح هو الاول لان قوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه يتناول بحقيقته عموم ما فى البحر وفى البدائع أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعا مأكولا أو غير مأكول واستدل بالآية وأما ما فى الاصل من قوله والذى رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فاما طير البحر فلا يرخص فيه للمحرم فقد شرحه فى المبسوط بما يفيد تعميم الاباحة وأن المراد ما يقابل المائى بالسمك فالضفدع جعله شمس الائمة فى المبسوط من صيد البحر مطلقا وكذا قاضيخان وينبغى قبول الحكم بالحل بناء على أن مولده فى البحر وان كان يعيش فى البر تحقيق ذلك ومثله السرطان والتمساح والسلحفاة هذا ويستثنى من صيد البر بعضه كالذئب والغراب والحدأة وأما باقى الفواسق فليست بصيود وأما باقى السباع فالمنصوص عليه فى ظاهر الرواية أنه يجب بقتلها الجزاء لا يجاوز شاة ان ابتدأها المحرم فان ابتدأته بالاذى فقتلها فلا شئ عليه وذلك كالاسد والفهد والنمر والصقر والبازى وأما صاحب البدائع فقسم البرى الى مأكول وغيره والثانى الى ما يبتدئ بالاذى غالبا كالاسد والذئب والنمر والفهد والى ما ليس كذلك كالضبع والثعلب فلا يحل قتل الاول والاخير الا أن يصول ويحل قتل الثانى ولا شئ فيه وان لم يصل وجعل ورود النص فى الفواسق ورودا فيها دلالة ولم يحك خلافا بل ذكره حكما مبتدأ مسكوتا فيه ثم رأيناه رواية عن أبى يوسف قال فى فتاوى قاضيخان وعن أبى يوسف الاسد بمنزلة الذئب وفى ظاهر الرواية السباع كلها صيد الا الكلب والذئب اه وسنذكر ان شاء الله تعالى ما هو الاسعد بالوجه فيما يأتى هذا ولا فرق فى وجوب الجزاء بين المباشرة والتسبيب اذا كان متعديا فيه فلو نصب شبكة للصيد أو حفر للصيد حفيرة فعطب صيد ضمن لانه متعد ولو نصب فسطاطا

الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول والظبى المستأنس ويخرج الابل والغنم المتوحشة لما أن التوحش أصلى فى الحمام المسرول والظبى والاستئناس عارض وبالعارض لا يتبدل حكم الاصل وفى الابل المتوحشة انعكس

واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم) أى بين عدم دخولها فى الآية لان حقيقة الاستثناء لا تتصور ولكنه لما كان عند البيان أنه لم يدخل استعاره له (الخمس الفواسق وهى الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب) على ما ذكر فى الكتاب وهى ستة وسيأتى العذر عن ذلك وسميت فواسق استعارة لخبثهن وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالاذى ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب ولا فرق فى الصيد بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله قال (٣) (واذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلما ذكره فى الكتاب وهو واضح وأما الدلالة فعلى القسمة العقلية أربعة أقسام اما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين أو الدال حلالا والمدلول محرما أو بالعكس من ذلك والاول ليس مما نحن فيه والثانى على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا وفى الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك وفى الرابع عكسه وقال الشافعى رحمه الله لا شئ على الدال أصلا لان الجزاء يتعلق بالقتل بالنص

(قوله أى بين عدم دخولها الى قوله استعاره له) أقول ويجوز أن يكون استثنى بمعنى أظهر الاستثناء اذ يجوز أن يستثنى الله تعالى بوحى غير متلو فيظهره صلى الله عليه وسلم (قوله وسيأتى العذر عن ذلك) أقول لا يصلح ما ذكره عذرا على ما سيشير اليه ويذكر العذر الصحيح ان شاء الله تعالى (قوله وقيل لخروجهن الخ) أقول فان الفسق بمعنى الخروج قال المصنف فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم الآية) أقول قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام قال فى تفسير المدارك قوله تعالى هديا حال من الهاء فى به أى يحكم به فى حال الهدى اه ونحن نقول ينبغى أن يكون حالا مقدرة أى صائرا هديا وقوله أو كفارة معطوف على جزاء وقوله طعام بدل من كفارة أو خبر مبتدأ محذوف أى هى طعام وقوله صياما تمييز للعدل

والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالا ولنا مار وينا من حديث أبي قتادة

لنفسه فتعقل به فمات أوحفر حفيرة للماء أو لحيوان مباح قتله كالذئب فعطب فيها الاشئ عليه وكذا لوأرسل كلبه على حيوان مباح فاخذ ما يحرم أو أرسله الى صيد فى الحل وهو حلال فتجاوز الى الحرم فقتل صيد الاشئ عليه لانه غير متعد فى التسبيب وكذا لوطرد الصيد حتى أدخله فى الحرم فقتله فيه فلا شئ عليه ولا يشبه هذا الرمى يعنى لو رمى الى صيد فى الحل فاصابه فى الحرم فان عليه الجزاء لانه تمت جنايته بالمباشرة قال الشهيد وهو قول أبي حنيفة فيما أعلم وفيه كلام نذكره فى صيد الحرم ان شاء الله تعالى ولا مال وانقلب محرم نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء ذكره فى المحيط لان المباشرة لايشترط فيها (١) عدم التعدى ومثله الكلب لو زجره بعد ما دخل الحرم وجب عليه الجزاء استحسانا ومثله لوأرسل مجوسى كلبا على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعليه جزاؤه ولا يؤكل * واعلم أن الجزاء يتعدد بتعدد المقتول الا اذا قصد به التحلل و رفض احرامه فى الاصل ولو أصاب المحرم صيدا كثيرا على قصد الاحلال والرفض لاحرامه فعليه لذلك كله دم وقال الشافعى عليه جزاء كل صيد لانه مرتكب محظور احرامه بقتل كل واحد فيلزمه موجب كل واحد كما لو لم يقصد رفض الاحرام وهذا لان قصده هذا ليس بشئ لانه لا يرتفض به الاحرام فوجوده كعدمه وقلنا ان قتل الصيد من محظورات الاحرام وارتكاب محظورات العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلاة الا أن الشرع جعل الاحرام لازما لا يخرج عنه الا بأداء الاعمال ألا ترى أنه حين لم يكن فى الابتداء لازما كان يرتفض بارتكاب المحظور وكذا الامة اذا أحرمت بغير اذن سيدها والمرأة اذا أحرمت بغير اذن زوجها بحجة التطوع لما لم يكن ذلك لازما فى حق الزوج كان له أن يحللها بفعل شئ من المحظورات فكان هو فى قتل الصيود هنا قاصدا الى تعجيل الاحلال لا الى الجناية على الاحرام وتعجيل الاحلال يوجب دما واحدا كما فى المحصر بخلاف ما اذا لم يكن على قصد الاحلال لانه قصد الجناية على الاحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد وقد بينا أن جزاء الصيد فى حق المحرم ينبنى على قصده حتى ان ضارب الفسطاط لا يكون ضامنا للجزاء بخلاف ناصب الشبكة كذا فى المبسوط ولو رمى الى صيد فتعدى الى آخر فقتلهما وجب عليه قيمتهما وكذا لو اضطرب بالسهم فوقع على بيضة أو فرخ فأتلفها لزماه جميعا وروى أن جماعة نزلوا بيتا بمكة ثم خرجوا الى منى فامر واحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام من الطيور وغيرها فلما رجعوا وجدوها ماتت عطشا فعلى كل واحد منهم جزاؤها لان الآمرين تسببوا بالأمر والمغلق بالاغلاق ولو نفر صيدا فقتل صيدا آخر ضمنهما وكذا لوأرسل محرم كلبه فزجره آخر ضمن (قوله فاشبه دلالة الحلال حلالا) كون المدلول حلالا اتفاقى والمراد اشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا أو محرما فانه استحق الامن بحلوله فى الحرم كما استحق الصيد مطلقا الامن بالاحرام فكما أن تفويت الامن المستحق بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالاحرام لا يوجبه (قوله ولنا مار وينا من حديث أبي قتادة) أى فى باب الاحرام وتقدم تخريجه من الصحيحين وغيرهما وليس فيه هل دللتم بل قال عليه السلام هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها قالوا لا قال فكلوا ما بقى من لحمها

الحكم لا نعكاس العلة فان الاستئناس فيها أصلى والتوحش عارضى فلا يثبت لها حكم الصيد باعتبار العارض ولا ينتقض هذا بالجرح الاضطرارى فى حقها كما فى الصيود لانا نقول الذبح الاضطرارى غير مختص بالصيد فان ذلك دائر مع الضرورة لا مع الصيدية حتى ان الشاة والبعير اذا وقعت فى البئر فلم يمكن ذبحه فان هناك يقوم الجرح مقام الذبح وهو ليس بصيد واذا أخذ الصيد وهو حى لا يحل بدون الذبح الاختيارى (قوله فاشبه دلالة الحلال حلالا) قوله حلالا ليس بقيد فان الدال اذا كان حلالا لا يضمن فى صيد الحرم وان كان المدلول محرما وفى المحيط حلال دل محرما على صيد والحلال فى الحرم فقتل المحرم الصيد فليس على الدال الجزاء فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال فى الهارونى عليه نصف قيمته ويدل عليه اطلاق قوله ولو كان الدال حلالا فى الحرم لم يكن عليه شئ لما قلنا أنه لا التزام من جهته (قوله ولنا مار وينا من حديث أبي قتادة

(والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالا) وقوله حلالا ليس بقيد فان المدلول ان كان محرما فالحكم كذلك (ولنا مار وينا من حديث أبي قتادة)

(قال المصنف فاشبه دلالة الحلال حلالا) أقول قال ابن الهمام كون المدلول حلالا اتفاقى والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره محلالا كان أو محرما فانه استحق الامن بحلوله فى الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالاحرام فكما أن تفويت الامن المستحق بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالاحرام لا يوجبه اه والوجه عندى أن قوله والذئب عطف تفسيرى للكلب العقور ترجيحا لقول من قال المراد بالكلب العقور الذئب كما سيجىء ووجهه أنه ليس بصيد فلا يحتاج الى الاستثناء فتامل (قال المصنف ولنا مار وينا من حديث أبي قتادة

(١) قوله عدم التعدى كذا فى النسخ ويظهر أن الصواب حذف لفظ عدم اه كذا بخط العلامة البحراوى حفظه الله

رضى الله عنه هل دللتم عليه هل أشرتم اليه على ما تقدم فى باب الاحرام فانه يدل على أن الدلالة من محظورات الاحرام فان قيل خبر واحد لا يقاوم النص الصريح قلت ما تقدم فى النص ذكر القتل وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به (وقال عطاء) هو ابن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضى الله عنهما (أجمع الناس على أن على الدال الجزاء) قال الطحاوى ولم يروعن أحد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا ورد بأنه روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ليس على الدال الجزاء وأجيب بانه ليس بثابت ولئن كان حمل على ما اذا دل ولم يقتله المدلول فان الاجماع فيما اذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل الاجماع (ولان الدلالة من محظورات الاحرام) والاقدام عليها يوجب الجزاء لامحالة (ولانه) أى الدلالة وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو (تفويت الامن من الصيد)

رضى الله عنه وقال عطاء رحمه الله أجمع الناس على أن على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام ولانه تفويت الأمن على الصيد اذ هو امن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على أن فيه الجزاء على ماروى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وأن يصدقه فى الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لاضمان على المكذب

وجه الاستدلال به على هذا أنه علق الحل على عدم الاشارة وهى تحصل الدلالة بغير اللسان فاحرى أن لا يحل اذا دله باللفظ فقال هناك صيد ونحوه قالوا الثابت بالحديث حرمة اللحم على المحرم اذا دل قلنا فيثبت أن الدلالة من محظورات الاحرام بطريق الالتزام لحرمة اللحم فيثبت أنه محظور احرام هو جناية على الصيد فنقول حينئذ انه جناية على الصيد بتفويت الامن على وجه اتصل قتله عنها ففيه الجزاء كالقتل وهذا هو القياس الذى ذكره المصنف بعد ذلك فلا يحسن عطفه على الحديث لان الحديث لم يثبت الحكم المتنازع فيه وهو وجوب الكفارة بل محل الحكم ثم ثبوت الوجوب المذكور فى المحل انما هو بالقياس على القتل وعن هذا الوجه والقياس الآخر الذى سنذكره وهو الحاق الدال بالمودع وقول عطاء أجمع الناس على أن على الدال الجزاء وليس الناس اذ ذاك الا الصحابة والتابعين يجب أن يحمل ما عن ابن عمر أن لا جزاء على الدال على دال لم يقع عن دلالته قتل دفعا لتوهم أن مجرد الدلالة موجبة للجزاء هذا وحديث عطاء غريب وذكره ابن قدامة فى المغنى عن على وابن عباس على أن قول الطحاوى هو مروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم ولم يروعن غيرهم خلافه فكان اجماعا يتضمن رد الرواية عن ابن عمر (قوله كالمودع) هذا هو القياس الآخر وتقريره التزم عدم التعرض للصيد بعقد خاص فيضمن ما تلف عن ترك ما التزمه كالمودع فانه التزم الحفظ كذلك فيضمن لودل سارقا على الوديعة فسرقها بخلاف الحلال الذى قاس هو عليه لانه لم يلتزم عدم التعرض لصيد الحرم ولا للمسلم بعقد خاص بل بعموم حكم الاسلام وترك ذلك يوجب استحقاق عذاب الآخرة فلهذا لودل سارقا على مال مسلم أونفسه فقتله تأخر جزاؤه الاعظم الى الآخرة ويعزر فى الدنيا من غير تضمين وان كانت جنايته أعظم من دلالة المحرم على الصيد (قوله لاضمان على المكذب) يفيد لزوم الضمان على

رضى الله عنه) أى فى باب الاحرام (قوله أجمع الناس على ان على الدال الجزاء) فعلى هذا كان ماروى عن ابن عمر ليس على الدال الجزاء محمولا على ما اذا دل ولم يقتله المدلول حتى يوافق قوله قول سائر الصحابة كذا فى مبسوط شيخ الاسلام وفى المنشور ولو أمره بقتله ينبغى ان يضمن الجزاء وعلى هذا لو أعار المحرم سكينا من غيره ليقتل صيدا فان لم يكن مع ذلك الغير ما يقتل به الصيد فعلى المعير الجزاء وان كان معه ما يقتل به الصيد فلا شئ على المعير لان تمكنه من قتله لم يكن باعارة السكين (قوله وان يصدقه فى الدلالة) حتى لو كذبه

أى الدلالة تفوت الامن من الصيد (لانه آمن بتوحشه) من الناس (وتواريه) عن أعينهم وبالدلالة يزول ذلك (فصارت كالاتلاف وقوله (ولان المحرم) دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فأشبه دلالة الحلال وتقريره أن المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض لانه عقد خاص يتضمن ذلك شرعا والدلالة مباشرة لخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة (بخلاف الحلال) فانه لم يلتزم شيأ (على أن فيه) أى فيما اذا دل الحلال على صيد الحرم (الجزاء على ماروى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد) لانه اذا علمه لم يكن زوال الامن بدلالته فلا يكون فى معنى الاتلاف (وأن يصدقه فى الدلالة) ليكون فى معنى الاتلاف (أما اذا

كذبه وصدق غيره فلاضمان على المكذب) وفيه اشارة الى أن الضمان على ذلك الغير ان كان محرما وههنا شروط أخر لم يذكرها أحدها

رضى الله عنه) أقول أى فى باب الاحرام وفيه أنه لا يدل على الجزاء الخ (قوله فانه يدل على أن الدلالة الخ) أقول المقصود بالاثبات انما هو وجوب الجزاء على هذا التفصيل الواقع فى النظم لا مجرد كونه من محظورات الاحرام (قوله ولان الدلالة من محظورات الاحرم الخ) أقول جعل كل واحد من قولى المصنف ولان الدلالة الخ ولانه تفويت الامن الخ اشارة الى دليل مستقل على المطلوب ولا يخفى عليه وهنه فان الاقدام على محظور الاحرام لا يوجب الجزاء الذى نحن بصدد اثباته البتة فلا بد من بيان كون هذا المحظور فى معنى الاتلاف حتى يتم المرام ويؤيد كون الثانى من تتمة الاول ترك اللام التعليلية فيه فى كلام المصنف (قوله وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو تفويت الامن من الصيد) أقول أو تكون الدلالة فى

(ولو كان الدال حلالا فى الحرم لم يكن عليه شئ) لما قلنا (وسواء فى ذلك العامد والناسى لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال

المصدق وفى الكافى لو أخبر محرما بصيد فلم يره حتى أبصره محرم آخر فلم يصدق الاول ولم يكذبه ثم طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما الجزاء ولو كذب الاول لم يكن عليه جزاء ومن شرائطها أيضا أن يتصل بها القتل وأن يبقى الدال محرما الى أن يقتله الآخذ وأن لا ينفلت فلو انفلت ثم أخذه فلا شئ على الدال لانتهاء دلالته بالانفلات والاخذ ثانيا انشاء لم يكن عن عين تلك الدلالة ولو أمره بقتله بعد ما أخذه ينبغى أن يضمن وعلى هذا اذا أعاره سكينا ليقتله بها وليس مع الآخذ ما يقتله به أو قوسا أو نشابا يرميه به وقد قدمنا من روايات الحديث فى باب الاحرام عند مسلم هل أعنتم ولا شك أن اعارة السكين اعانة عليه وما فى الاصل من أنه لا جزاء على صاحب السكين حمل على ما اذا كان المستعير يقدر على ذبحه بغيرها وصرح فى السير بان على صاحب السكين الجزاء وكذا الودل على قوس ونشاب من رآه ولا يقدر على قتله لبعده * واعلم أن صريح عبارة الاصل فى الاعارة أنه لا جزاء على صاحب السكين ويكره له ذلك قال شمس الائمة فى المبسوط أكثر مشايخنا يقولون تأويل هذه المسئلة أنه اذا كان مع المحرم القاتل سلاح يقتل به لانه متمكن من قتله فاما اذا لم يكن معه ما يقتل به ينبغى أن يجب الجزاء لان التمكن باعارته له والى هذا أشار فى السير قال شمس الائمة والاصح عندى انه لا يجب الجزاء على المعير على كل حال لوجهين حاصل الاول أن معنى الصيدية تلف باخذ المستعير للصيد فاخذه قتل حكما ثم يقتله حقيقة واعارة السكين ليس باتلاف حقيقة ولا حكما بخلاف الدلالة فانه اتلاف لمعنى الصيدية من وجه حيث أعلم به من لا يقدر الصيد على الامتناع منه والثانى ان اعارة السكين تتم بالسكين لا بالصيد فانها صحيحة وان لم يكن صيد اذ لا يتعين استعماله فى قتل الصيد بخلاف الاشارة الى قتل الصيد فانها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك ولا يتم ذلك الا بصيد هناك ولذا يتعلق وجوب الجزاء بها ولو أمر المحرم غيره باخذ صيد فامر المأمور آخر فالجزاء على الآمر الثانى لانه لم يمتثل أمر الاول لانه لم يامره بالامر بخلاف ما لو دل الاول على الصيد وأمره فامر الثانى ثالثا بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة وكذا الارسال فلو أرسل محرم محرما الى محرم يدله على صيد فقتله المرسل اليه فعلى كل من الثلاثة الجزاء وعن أبى يوسف لو قال خلف هذا الحائط صيد فاذا صيد كثير فاخذه ضمن الدال كله فلو رأى واحدا فدل عليه فاذا عنده آخر فقتلهما المدلول كان على الدال جزاء الاول فقط كما لو دله على واحد تنصيصا والباقى بحاله ولو قال خذ أحد هذين وهو يراهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد وان كان لا يراهما فعليه جزا آن لانه بالامر باخذ أحدهما دال على الآخر لما لم يعلم المامور بهما (قوله فاشبه غرامات الاموال) من حيث ان الضمان يدور مع الاتلاف غير مقيد بالعمد لا مطلقا

وصدق غيره فالجزاء على ذلك الغير الذى صدقه وان كانت دلالة ذلك الغير بعد دلالة الاول المكذب وبه صرح فى المبسوط فقال فالجزاء على الدال الثانى دون الاول وفيه قيود أخرى سوى هذين المذكورين أحدهما ان يتصل القتل بهذه الدلالة والثانى ان الجزاء انما يجب على الدال اذا أخذ المدلول الصيد والدال محرم فاما اذا حل من احرامه قبل ان يأخذه المدلول فلا جزاء على الدال لان فعله انما يتم جناية عند بقاء احرامه الى وقت القتل ألا ترى ان قتل الغير بدلالته لا يكون أكثر تاثيرا من قتله بنفسه ولو قتله بنفسه لم يلزمه شئ فكذا اذا أخذه غيره بدلالته والثالث ان يأخذه المدلول قبل ان ينفلت الصيد حتى انه لو صدقه فلم يقتله حتى انفلت ثم أخذه بعد ذلك فقتله لا شئ على الدال لان ذلك بمنزلة جرح اندمل كذا فى المبسوط (قوله فاشبه غرامات الاموال) أى فى وجوب الضمان فى العمد وفى الخطأ لا فى كيفية الضمان فان للصوم مدخلا فى هذا الضمان والمحرمان اذا اشتركا فى قتل صيد واحد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل بخلاف ما اذا اشتركا فى اتلاف شاة الغير مثلا فعلى كل واحد منهما نصف القيمة والذى قلنا من عدم الافتراق بين العمد والخطأ قول عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد رضى الله عنهم وقال ابن عباس رضى الله عنه ليس على المحرم

أن يتصل القتل بهذه الدلالة لان مجرد الدلالة لا يوجب شيأ والثانى أن يبقى الدال محرما عند أخذ المدلول لان فعله انما يتم جناية اذا بقى محرما الى وقت القتل والثالث أن ياخذه المدلول قبل أن ينفلت فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم أخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شئ لان ذلك بمنزلة جرح اندمل (ولو كان الدال حلالا فى الحرم لم يكن عليه شئ لما قلنا) أنه لا التزام من جهته فان قيل بل من جهته التزم بعقد الاسلام أن لا يتعرض لصيد الحرم أجيب بان عقد الاسلام ليس بكاف فى ذلك بل لا بد من عقد خاص كما فى عقد الوديعة ألا ترى أن المسلم التزم بعقد الاسلام أن لا يتعرض لاموال الناس ثم لو دل سارقا على مال انسان فأخذه لا ضمان على الدال (والعامد والناسى فى وجوب الجزاء سواء) كانا قاتلين أو دالين (لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف) لقوله تعالى ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه كالناسى كما فى

تأويل أن مع الفعل (قوله والثالث أن يأخذه المدلول) أقول والاولى أن يقال أن يقتله المدلول

والمبتدئ

غرامات الاموال فان قيل ليس هذا كغرامات الاموال ألا ترى أن رجلين لو اشتركا فى اتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة وان اشتركا فى قتل صيد كان على كل واحد منهما جزاء كامل فالجواب أن مناط الالحاق مدارية الاتلاف للضمان وقد وجدت والاتحاد فى جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا نص على التعمد وهو يخالف النسيان فالجواب أن التخصيص بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبى وقاص رضى الله عنهم فان قيل فما فائدة قوله متعمدا أجيب بانها التنبيه لان الدلالة قد قامت على أن صفة التعمد فى القتل تمنع وجوب الكفارة فاعلم الله تعالى ههنا بانها اذا وجبت فى العمد فلان تجب فى الخطأ أولى (والمبتدئ والعائد) فى وجوب الكفارة (سواء) لان العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت انتهاء فى المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنه بطلت فان قيل قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل كل جزئه بالفاء انتقام الله فلا يكون له منه موجب سواه كما عرف فالجواب أن هذا متمسك ابن عباس وداود الظاهرى فى أن موجب (٧) العائد أن يقال له اذهب فينتقم الله منك

(والمبتدئ والعائد سواء) لان الموجب لا يختلف (والجزاء عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد فى المكان الذى قتل فيه أو فى أقرب المواضع منه اذا كان فى برية فيقومه ذوا عدل

فان هذا الضمان يتادى بالصوم

فى قتل الصيد خطأ جزاء وذكر الامام الاسبيجابى رحمه الله وبه أخذ داود الاصبهانى رحمه الله لظاهر قوله تعالى فمن قتله منكم متعمدا فالتقييد بالعمدية ينفى وجوبه عند عدمها ولنا أنه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاستوى فيه العامد وغيره كغرامات الاموال وهذه كفارة تجب جزاء للفعل فتجب على المخطئ ككفارة القتل والتقييد بالعمدية ليس للجزاء بل للوعيد المذكور فى آخر الآية بقوله ليذوق وبال أمره وهذا الوعيد على العامد دون المخطئ على ان ذكر العمد للتنبيه اذ الدلالة قامت على ان صفة العمدية فى القتل تمنع وجوب الكفارة لتمحض الحظر به والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلا يناط بالمحظور المحض فذكرها هنا للتنبيه على أنه لما وجبت الكفارة على العامد لان تجب على المخطئ أولى والمبتدئ والعائد سواء وكان ابن عباس رضى الله عنه يقول لا يجب الجزاء على العائد وهو قول داود ولكن يقال له اذهب فينتقم الله منك لظاهر قوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه ولنا ان ضمان الاتلاف لا يختلف بالابتداء والعود اليه فان جناية العائد أظهر والمراد بالآية ومن عاد بعد العلم بالحرمة كما فى آية الربا ومن عاد فاولئك أصحاب النار أى ومن عاد الى المباشرة بعد العلم بالحرمة لا أن يكون المراد به العود الى القتل بعد القتل (قوله فيقومه ذوا عدل) أى يقومانه من حيث نفس الصيد لا من حيث الصفة ذكر فى المبسوط فى آخر باب جزاء الصيد واذا قتل المحرم البازى المعلم فعليه الكفارة قيمته من غير المعلم لان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وكونه معلما صفة عارضة ليست من الصيدية فى شئ لان معنى الصيدية فى تنفره وبكونه معلما ينتقص ذلك لان توحشه يقل اذا كان معلما فلا يكون معنى زائدا فى الجزاء بخلاف ما اذا كان مملوكا لانسان فان متلفه يغرم قيمته معلما لان وجوب القيمة هناك باعتبار المالية وماليته بكونه منتفعا به وذلك يزداد بكونه معلما وكذلك الحمامة تجىء من موضع كذا ففى ضمان قيمتها على المحرم لا يعتبر ذلك المعنى وفى ضمان قيمتها المعتاد يعتبر

القيمة فى الاتلاف فباعتبار المالية وهى بالانتفاع وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل فى الضمان وانما قيد بقوله صنعة لانه اذا كانت الزيادة بامر خلقى كما اذا كان طيرا يصوت فازداد قيمته لذلك ففى اعتبار ذلك فى الجزاء روايتان فى رواية لا يعتبر لانه ليس من معنى الصيدية فى شئ وفى أخرى يعتبر لانه وصف ثابت باصل الخلقة كالحمام اذا كان مطوقا وقوله (ثم هو) يعنى القاتل (مخير فى الفداء) ظاهر

ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا أو مستخفا به كما فى قوله تعالى فى باب الربا ومن عاد فاولئك أصحاب النار الآية وأما اذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملا بدلالة النص وقوله (والجزاء عند أبى حنيفة وأبى يوسف أن يقوم الصيد) يعنى يقومه ذوا عدول من حيث انه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة فاذا قتل المحرم بازيا المعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا قتله لغيره فانه يجب قيمته معلما وأجيب بان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والتنفر عن الناس وكونه معلما لا مدخل له فى ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل فى الجزاء وأما وجوب

(قوله فالجواب أن مناط الالحاق الى قوله ويبطل القياس) أقول فيه بحث (قوله فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم) أقول وبالقياس المار أيضا (قوله على أن صفة التعمد فى القتل تمنع الخ) أقول مسلم فى الآدمى ولكن قتل البهيمة سيما اذا كان مباح الاصل لا يشبهه فلا يكون خطؤه أولى بها كما لا يخفى (قوله ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا أو مستخفا به الخ) أقول لهما أن يقولا ما الدليل على هذا التقييد ولم لا يجوز أن يكون العود متعمدا يمنع وجوب الكفارة لعظم الذنب والحاق العائد بالمبتدئ بالدلالة كالحاق المخطئ بالمتعمد عندهما فان العائد أعظم جرما من المبتدئ ألا ترى أن الصغيرة بالاصرار تصير كبيرة (قال المصنف والجزاء عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد فى المكان الذى قتل) أقول فيه تسامح لظهور أن الجزاء ليس التقويم بل أحد الاشياء الثلاثة

ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير وان شاء صام) على ما ذكر وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم

(قوله وقال محمد والشافعي الخ) ذكر في النهاية أن الخلاف في فصول الاول أن الواجب عندهما القيمة وعند محمد والشافعي النظير فيما له نظير الثاني أن الذي الى الحكمين تقويم المقتول فاذا ظهرت قيمته فالخيار الى القاتل بين أن يشتري بها هديا يهديه أو طعاما يتصدق به أو يصوم عن كل طعام مسكين يوما وعند محمد والشافعي الى الحكمين فاذا عينا نوعا لزمه اه وقال غيره الخيار في تعيين الهدي والاطعام والصيام الى الحكمين فاذا حكما بالهدي فالمعتبر فيما له مثل ونظير من حيث الخلقة ما هو مثله ففي الضبع شاة الخ والحاصل أن المشايخ اختلفوا في تعيين قول محمد حكى الطحاوي عنه أن الخيار الى الحكمين فان حكما عليه بالهدي نظر القاتل الى نظيره من النعم من حيث الخلقة ان كان الصيد مما له نظير سواء كانت قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر الى القيمة فيجب وان لم يكن له نظير كسائر الطيور تعتبر قيمته كما قالا وحكى الكرخي قول محمد أن الخيار الى القاتل غير أنه ان اختار الهدي تعين النظير فيما له نظير وعند الشافعي يجب النظير ابتداء من غير اختيار أحد وله أن يطعم ويكون الطعام بدلا عن النظير لا عن الصيد كذا في البدائع وعن زفر رحمه الله عدم جواز الصوم حالة القدرة على الهدي والاطعام قاسه على كفارة اليمين والظهار وهدي المتعة وقال حرف أو لا ينفي الترتيب كما في قطاع الطريق ودفع بان شرط القياس عدم النص في الفرع والنص الكائن فيه يوجب التخيير بحقيقة أو واعمالها في موضع في مجازها بالدليل لا يجوز اعتبارها كذلك في كل موضع لعدم الدليل فيها (قوله ففي الارنب عناق الخ) العناق الانثى من أولاد المعز والجدي الذكر وهما دون الجذع والجفر ما يبلغ أربعة أشهر من العناق والانثى جفرة بالجيم (قوله فلقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم) بناء على حمل المثل على المماثل في الصورة ولفظ من النعم بيان للجزاء أو للمثل والقيمة ليست نعما ولذا أوجب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين المثل من حيث الصورة في موطا مالك أخبرنا أبو الزبير عن جابر أن عمر قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الارنب بعناق وفي اليربوع بجفرة وروى الشافعي حديثا أن عمر وعثمان وعليا وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضوان الله عليهم قالوا في النعامة يقتلها المحرم بدنة من الابل وفيه ضعف وانقطاع فلذا قال عقيبه انما نقول ان في النعامة بدنة بالقياس لا بهذا الاثر لانه غير ثابت عند أهل العلم بالحديث اه لكن أخرج البيهقي عن ابن عباس قال في حمامة الحرم شاة وفي بيضتين درهم وفي النعامة جزور وفي البقرة بقرة وفي الحمار بقرة (وقال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة) رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو قال نعم ويجعل فيه كبش اذا أصابه المحرم وأخرجه أيضا الحاكم عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد فاذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل وقال صحيح ولم يخرجاه (قوله ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى) وهو المشارك في النوع وهو غير مراد هنا بالاجماع فبقي

فاما اذا كانت تصوت وازداد قيمتها بذلك ففي اعتبار ذلك في الجزاء روايتان في احداهما لا يعتبر لانه ليس من معنى الصيدية في شيء وفي رواية أخرى يعتبر لانه وصف ثابت بأصل الخلقة بمنزلة الحمام اذا كان مطوقا (قوله ثم هو مخير) أي القاتل وقال محمد والشافعي رحمه الله يجب في الصيد النظير والاختلاف في هذه المسئلة في فصول أحدها هذا وهو أن الواجب على المحرم القاتل قيمة الصيد في الموضع الذي قتله فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجب النظير فيما له نظير من النعم الذي يشبهه في المنظر لا في القيمة والثاني ان الذي الى الحكمين تقويم الصيد فاذا ظهرت قيمته فالخيار للمحرم بين

(وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير) أي في المنظر لا في القيمة (ففي الظبي شاة) ظاهر واستدلا على ذلك بقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ووجهه أن مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول صورة لان من النعم بيان للمثل

وقتله

(والقيمة لا تكون نعما وبان الصحابة رضي الله عنهم) وهم عمر وعلي وعبد الله بن مسعود (أوجبوا النظير على ما بينا) يعني قوله ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي اليربوع جفرة وهي التي بلغت أربعة أشهر الخ (وما ليس له نظير) من حيث الخلقة (مثل العصفور والحمام وما أشبههما يجب فيه القيمة عند محمد واذا وجبت القيمة كان قوله كقول أبي حنيفة وأبي يوسف) والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات فاوجب في الحمام شاة لمشابهة بينهما (من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر) العب من باب طلب أي يشرب الماء بمرة من غير أن يقطع الجرع قاله أبو عمرو والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فانها تشرب شيأ فشيأ أو يقال هدر البعير والحمام اذا صوت من باب ضرب (ولابي حنيفة وأبي يوسف أن) الله تعالى أطلق المثل و(المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه) لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص وفي ذلك اهماله عن حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكون المثل المعنوي مرادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا والا لزم عموم المشترك أو الجمع (٩) بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا

ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رضي الله عنهم أوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكونه مرادا بالاجماع

أن يراد المثل معنى وهو القيمة وهذا لان المعهود في الشرع في اطلاق لفظ المثل أن يراد المشارك في النوع

التكفير بالهدي والاطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله الخيار الى الحكمين واذا عينا نوعا عليه يلزمه التكفير به بعينه والثالث يجوز للمحرم ان يختار الصوم مع القدرة على الهدي والاطعام عندنا لقوله تعالى أو عدل ذلك صياما وحرف أو للتخيير وعلى قول زفر رحمه الله لا يجوز له الصيام مع قدرة التكفير بالمال وقاس بكفارة اليمين وهدي المتعة والقران وقال حرف أو لا ينفي الترتيب في الواجب كما في قطاع الطريق أو يقطع أيديهم الآية ولكن هذا خلاف الحقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز وقياس المنصوص على المنصوص باطل والرابع اذا اختار الطعام فالمعتبر قيمة الصيد يشتري به الطعام عندنا وعند الشافعي رحمه الله المعتبر قيمة النظير وهو قول محمد رحمه الله بناء على أصلهما ان الواجب هو النظير والخامس اذا اختار الصيام صام مكان كل نصف صاع يوما عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصوم مكان كل مد يوما وهذا بناء على الاختلاف في طعام الكفارة لكل مسكين عندنا يتقدر بنصف صاع وعنده بمد كذا في المبسوط (قوله ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة) فالله تعالى أوجب المثل مقيدا بالنعم حيث قال فجزاء مثل ما قتل من النعم تقديره فعليه جزاء من النعم مثل المقتول فمن قال انه مثله من الدراهم فقد خالف النص (قوله واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما) أي من حيث ان الوجوب بالقيمة يعتبر قيمة الصيد لا أن يكون الخيار للقاتل في ان تجعل القيمة هديا أو طعاما أو صوما وانما الخيار فيه الى الحكمين عنده (قوله ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه)

واعترض بأن المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى ولا هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر حتى يلزم ما ذكرتم بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق الصوري والمعنوي كما في قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم دخل ما له مثل صورة ومعنى كما في المثليات وما ليس له مثل الا معنى كالقيميات والجواب أن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفراده المحتملة فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز في غيره والمجاز ههنا مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا وبمثل ذلك نقول في الآية الاخرى أما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لان الموجب الاصلي أولى بالارادة ورد العين ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده وأما على قول من يقول موجب الغصب رد العين وأداء القيمة مخلص فكذلك تكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهد المقل دموعه

(قوله ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل) أقول قيل لا يتناول النص حينئذ شيأ من الصيود لانتفاء المماثلة بين الحيوانات صورة ومعنى (قوله دخل ما له مثل صورة ومعنى كما في المثليات الخ) أقول المثلان هما الموجودان المشتركان في جميع الصفات النفسية وهي التي لا يحتاج في وصف الشيء بها الى تعقل أمر زائد عليه ويقابلها الصفات المعنوية (قوله لا بالنفي ولا بالاثبات) أقول كما بين في الاصول (قوله والمجاز ههنا مراد بالاجماع الخ) أقول المعنى المجازي للفظ المثل يعم المثل الصوري والمعنوي فلا يلزم عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز (قوله وبمثل ذلك نقول في الآية الاخرى الخ) أقول الآية دلت على ايجاب الضمان بالمثل صورة ومعنى في غصب المثليات كما سيجيء في كتاب الغصب وعلى

وقوله (أولما فيه من التعميم) دليل آخر يعني في اعتبار المثل معنى تعميم لانه يتناول ماله نظير وما ليس له نظير (وفي ضده) أي في اعتبار المثل صورة (تخصيص) لتناوله ماله نظير فقط والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة وقوله (والمراد بالنص) جواب عن قوله لان القيمة لا تكون نعما وتقريره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشي لان المثل بمعنى القيمة على ما بينا ومن النعم بيان لما قتل والمراد من النعم النعم الوحشي لان الجزاء انما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الاهلي وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الاهلي في اللغة يطلق على الوحشي قاله أبو عبيدة والاصمعي فان قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء فاذا كان الجزاء القيمة كيف يمكن ان يكون هديا بالغ الكعبة أجيب بان معناه اذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الامور الثلاثة (وقوله والمراد بما روى) جواب عن قوله قال عليه الصلاة والسلام الضبع صيد وفيه شاة وعن أثر الصحابة يعني أن ايجاب النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة وانما كان باعتبار التقدير بالقيمة الا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان الاداء عليهم منها أيسر وهو نظير قول علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة قال (ثم الخيار الى القاتل) يعني اذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهي تبلغ هديا فالخيار (في أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما) الى القاتل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والشافعي الخيار الى الحكمين) في تعيين أحد الاشياء (فان حكما بالهدى يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام أو الصيام فعلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف) يعني من اعتبار القيمة من حيث المعنى (لهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه) ليرتفق بما يختار (كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية) ووجه ذلك أنه (ذكر الهدى منصوبا

ذكر

أولما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله أعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله أبو عبيدة والاصمعي رحمهما الله والمراد بما روى التقدير به دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدى يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام أو بالصيام فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف لهما أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية

أو القيمة قال تعالى في ضمان العدوان فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمراد الاعم منهما أعني المماثل في النوع اذا كان المتلف مثليا والقيمة اذا كان قيميا بناء على أنه مشترك معنوي والحيوانات من القيميات شرعا اهدار اللمماثلة الكائنة في تمام الصورة فيها تغليبا للاختلاف الباطني بين أبناء نوع واحد فما ظنك اذا انتفى في المشاركة في النوع أيضا فلم يبق الامشاكلة في بعض الصورة

والنص أوجب المثل والمثل المطلق في الكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول مقيدا بالصورة والمعنى أو بالمعنى بلا صورة أما الصورة بلا معنى فلا ولا يمكن الحمل على الاول بالاجماع فحمل على الثاني لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد قال الله تعالى فجزاء مثل ما قتل وقال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وهذا لان الحيوان لا مثل له من جنسه فان النعامة لا تماثل النعامة حتى لا تضمن النعامة بالنعامة فكيف تماثل البدنة النعامة ولو كانت مثلا لها لضمنت بها عند الاتلاف ولان القيمة أريدت بهذا النص فيما لا مثل له اجماعا فلم يبق غيره مرادا لان المثل من الاسماء المشتركة فلا عموم له (قوله أولما فيه من التعميم) بيانه ان قوله تعالى ولا تقتلوا الصيد عام وقوله تعالى ومن قتله منصرف الى المذكور فكان بيانا لحكمه على سبيل العموم والمثل على سبيل العموم هو المثل من حيث القيمة فان من الصيود ما لا مثل له في الخلقة كالعصفور وما أشبه ذلك وضمانه يجب بنص الكتاب فيجب حمل المثل على ما يمكن اثبات التعميم فيه وهو المثل من حيث القيمة وفيما ذهب اليه محمد والشافعي رحمهما الله تخصيص والاول أولى لانه أكثر فائدة (قوله والمراد بالنص والله أعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي) أي فعليه الجزاء وذلك قيمة المقتول اذا كان ذلك المقتول من النعم الوحش وان كان اسم النعم يطلق على الوحشي والاهلي لكن المراد منه هنا الوحشي دون الاهلي لان الجزاء بالقتل انما يجب على المحرم بقتل الصيد (قوله والمراد بما روى التقدير) أي بما روى كل واحد من محمد والشافعي رحمهما الله من أثر الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقدير النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة لانهم كانوا أرباب المواشي فكان ذلك أيسر عليهم من النقود وهو

ايجاب الضمان بالمثل معنى في غصب القيميات اذا هلك العين المغصوب كما اعترف به هنا فانتظم لفظ المثل كليهما فورد الاعتراض ورد العين أمر آخر ليس من ايجاب ضمان المثل فتأمل (قوله فان قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء الخ) أقول بل من الضمير في به فان جزاء اما مبتدأ أو خبر والحال انما يكون من الفاعل أو المفعول به على الاشهر (قوله أجيب بان معناه الخ) أقول لم يحصل مما ذكره الجواب عن السؤال والاولى أن يقال قوله تعالى هديا حال مقدرة أي صائرا هديا بواسطة الشراء به أو اعطائه بدلا عنه

ذكر الهدى منصوبا

كطول العنق والرجلين في النعامة مع البدنة ونحو ذلك في غيره فاذا حكم الشرع بانتفاء اعتبار المماثلة مع المشاكلة في تمام الصورة ولم يضمن المتلف بما شاركه في تمام نوعه بل بالمثل المعنوي فعند عدمها وكون المشاكلة في بعض الهيئة انتفاء الاعتبار أظهر الا أن لا يمكن وذلك بأن لا يكون للفظ محمل يمكن سواه فالواجب اذا عهد المراد بلفظ في الشرع وتردد فيه في موضع يصح حمله على ذلك المعهود وغيره أن يحمل على المعهود وما نحن فيه كذلك فوجب المصير اليه وأن يحمل حكم الصحابة بالنظير على أنه كان باعتبار تقدير المالية أي بيان أن مالية المقتول كمالية الشاة الوسط لا على معنى أنه لا يجزى غيره بقي أن يبين احتمال لفظ الآية لذلك وفيها قراءتان مشهورتان ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مرفوع منون مثل ما قتل من النعم برفع مثل والاخرى فجزاء مثل باضافة الجزاء الى مثل وهي اضافة بيانية فالمعنى واحد أي فجزاء هو مثل ما قتل ومضمون الآية شرط وجزاء حذف منه المبتدأ بعد فاء الجزاء أو الخبر تقديره فالواجب عليه جزاء مثل ما قتل أي قيمة ما قتل أو فعليه جزاء ومن النعم بيان لما قتل أو للعائد اليها أعني المنصوب المحذوف أي ما قتله من النعم الوحشي والنعم يطلق عليه لغة كما يطلق على الاهلي فيتعلق بمحذوف لانه في موضع الحال وقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم جملة واقعة صفة لجزاء الذي هو القيمة أو لمثل الذي هو هي لان مثلا لا تتعرف بالاضافة فجاز وصفها ووصف ما أضيف اليها بالجملة وهديا حال من ضمير به وهو الراجع الى ما يجعل موصوفا منهما وهي حال مقدرة أي صائرا هديا به وذلك في نفس الامر بواسطة الشراء بها أو غير ذلك وبالغ الكعبة صفة لان اضافته لفظية فتوصف به النكرة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما معطوفان على الجزاء لانهما مرفوعان وتمام مؤدى التركيب على هذا فالواجب عليه جزاء هو قيمة ما قتله من النعم الوحشي يحكم به أي بذلك الجزاء الذي هو القيمة عدلان حال كونه صائرا هديا بواسطة القيمة أو كفارة طعام مساكين الى آخرها أي الواجب أحد الامرين من القيمة الصائرة هديا ومن الاطعام والصيام المبنيين على تعرف القيمة فقد ظهر تأدى المعنى الذي ذهبنا اليه من لفظة الآية من غير زيادة تكلف فيها وكون الحال مقدرة كثير شهير وهو وان لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره في وصفها وهو بالغ الكعبة فانه لا يصح حكمهما بالهدى موصوفا ببلوغه الى الكعبة حال حكمهما به على التحقيق بل المراد يحكمان به مقدرا بلوغه فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين ثم على كل تقدير لا دلالة للآية على أن الاختيار الى الحكمين بل الظاهر منها أنه الى من عليه فان مرجع ضمير المحذوف من الخبر أو متعلق المبتدا اليه أعني ما قدرناه من قولنا فالواجب

نظير ما قال علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة كذا في المبسوط وذكر في الكشاف فان قلت فما يصنع من يفسر المثل بالقيمة بقوله تعالى من النعم وهو تفسير للمثل وبقوله تعالى هديا بالغ الكعبة قلت قد خير من أوجب القيمة بين ان يشتري بها هديا أو طعاما أو يصوم كما خير الله تعالى في الآية فكان قوله من النعم بيانا للهدى المشترى بالقيمة في احد وجوه التخيير لان من قوم الصيد واشترى بالقيمة هديا فأهداه فقد جزى بمثل ما قتل من النعم على ان التخيير الذي في الآية بين ان يجزى بالهدى أو يكفره بالطعام أو الصوم انما يستقيم استقامة ظاهرة بغير تعسف اذا قوم ونظر بعد التقويم أي الثلاثة يختار فاما اذا عمد النظير وجعله الواجب وحده من غير تخيير فاذا كان شيأ لا نظير له قوم حينئذ ثم يخير بين الاطعام والصوم ففيه نبو عما في الآية وقرأ فجزاء مثل ما قتل برفع جزاء ومثل جميعا بمعنى فعليه جزاء يماثل ما قتل الصيد وهو عند أبي حنيفة رحمه الله قيمة الصيد المأخوذ يقوم حيث صيد فان بلغت قيمته ثمن هدى يخير بين ان يهدى من النعم ما قيمته قيمة الصيد وبين ان يشتري بقيمته طعاما فيعطى كل مسكين نصف صاع من بر وان شاء صام عن طعام كل مسكين يوما وقرئ فجزاء مثل ما قتل على الاضافة وأصله فجزاء مثل ما قتل بنصب المثل بمعنى فعليه ان يجزى مثل ما قتل ثم أضيف كما يقول عجبت من ضرب زيدا ثم من

تفسير القوله يحكم به) فان ضمير به مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير وقيل أى التمييز فثبت أن المثل انما يصير هديا باختيارهما وحكمهما (أو مفعول لحكم الحكم) أى على أن يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما فى قوله تعالى قل اننى هدانى ربى الى صراط مستقيم دينا قيما وفى ذلك تنصيص على أن التعيين الى الحكمين ثم لما ثبت ذلك فى الهدى ثبت فى الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولانه عطفهما عليه (بكلمة أو) وهى للتخيير (فيكون الخيار اليهما) وفى توجيه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب الا اذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوى وهى شاذة والشافعى لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث انه كتاب ولا من حيث انه خبر كما عرف فى الاصول وقوله (قلنا) جواب عن استدلالهما وتقريره أن الدليل انما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هى معطوفة على قوله فجزاء بدليل أنه مرفوع (وكذلك قوله تعالى أو عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فى الآية دلالة اختيار الحكمين) فى الطعام والصيام واذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت فى الهدى لعدم القائل بالفصل (وانما يرجع اليهما فى تقويم المتلف) لا غير (ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه) رفقا له (ويقومان) أى الحكمان (فى المكان الذى أصابه) المحرم قال شيخ الاسلام وكذا يعتبر الزمان الذى أصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمان وقوله (فان كان الموضع برا) ظاهر وقوله (وقيل يعتبر المثنى ههنا) فى جزاء الصيد (بالنص) وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل قال فى الكشاف عن قبيصة انه أصاب ظبيا وهو محرم فسأل عنه عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم أمره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما علم أمير المؤمنين حتى سأل غيره فاقبل عليه ضربا

لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به أو مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدى بدليل أنه مرفوع وكذا قوله تعالى أو عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما فى تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان فى المكان الذى أصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفى والمثنى أولى لانه أحوط وأبعد عن الغلط كما فى حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص (والهدى لا يذبح الا بمكة) لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة

عليه أو فعليه والله جلت عظمته أعلم (قوله لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به) سماه تفسيرا لانه أزال الابهام عنه فى الجملة حتى سماه بعض تمييزا لكونه حالا وكل حال تكشف عن ابهام فى الجملة أعنى اعتبار أحوال ماهى له هذا ويقوم الصيد بما فيه من الخلقة لا بما زاده التعليم فلو كان بازيا صيودا أو حماما يجىء من بعيد قوم لا باعتبار الصيودية والمجىء من بعيد فاذا كان مملوكا كان عليه قيمته لمالكه يعتبر فيهما زيادة التعليم وقيمته للعناية لا يعتبر فيه ذلك أما لو كان قيمته زائدة لحسن تصويته ففى اعتبارها روايتان فى رواية لا تعتبر لانه ليس من أصل الصيدية وفى أخرى تعتبر لانه ثابت بأصل الخلقة كالحمام المطوق أما فى الغصب فيضمن بما يشترى به فى البلد الا اذا كان المحرم من اللهو كقيمة الديك لنقاره والكبش لنطاحه والتيس للعبه (قوله وقيل يعتبر المثنى) أى فى الحكم المقوم والذين لم يوجبوه جعلوا العدد فى الآية على الاولوية لان المقصود

ضرب زيد وقرأ السلمى على الاصل وقد قرأ محمد بن مقاتل فجزاء مثل ما قتل بنصبهما بمعنى فليجز جزاء مثل ما قتل يحكم به أى بمثل ما قتل ذوا عدل منكم حكمان عادلان من المسلمين وقالوا فيه دليل على ان المثل القيمة لان التقويم مما يحتاج الى النظر والاجتهاد دون الاشياء المشاهدة (قوله لانه تفسير لقوله يحكم به) لان الهاء فى به مجمل لا يدرى ما هو ففسر بقوله هديا فكان نصبا على التفسير فيصير كانه قال يحكم به ذوا عدل منكم بالهدى فثبت أن المثل انما يصير هديا باختياره وحكمه كذا فى الجامع الصغير البرهانى (قوله أو مفعول لحكم الحكم) أى يحكم به حكم هدى (قوله ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو) أى عطفا على هديا بدليل قراءة عيسى وعمير أو كفارة بالنصب قلنا الكفارة عطفت على قوله فجزاء وكذا أو عدل ذلك صياما لكونهما مرفوعين وفى الكشاف هديا حال عن جزاء فيمن وصفه بمثل لان الصفة خصصته فقربته من المعرفة أو بدل عن مثله فيمن نصبه أو عن محله فيمن جره ويجوز ان ينتصب حالا عن الضمير فى به فان قلت بم يرفع كفارة من ينصب جزاء قلت يجعلها خبر مبتدا محذوف كأنه قيل أو الواجب عليه كفارة أو يقدر فعليه ان يجزى جزاء أو كفارة فيعطفها على ان يجزى وقرأ أو كفارة طعام مساكين على الاضافة وهذه الاضافة مبينة كأنه قيل أو كفارة من طعام مساكين كقولك خاتم فضة بمعنى خاتم من فضة (قوله ويقومان فى المكان الذى أصابه) وكذلك يعتبر الزمان الذى أصابه فيه لان القيمة تختلف باختلاف الازمنة أيضا

ويجوز

(قوله وقيل أى التمييز) أقول يعنى الاتقانى (قوله فلم يكن فى الآية دلالة اختيار الحكمين الخ) أقول فان قلت عدم الدلالة لا يستلزم الدلالة على العدم وقد بين الخصم ثبوت الاختيار فى الهدى فيثبت فى الآخرين بالاجماع المركب ولا يفيد ما ذكره بدون ابطال متمسكه قلت أشار اليه بقوله وانما يرجع اليهما فى تقويم المتلف

وقال أنغمص الفتيا وتقتل الصيد وأنت محرم قال الله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا فانا عمر وهذا عبد الرحمن وقوله (ويجوز الاطعام فى غيرها) يعنى سواء كان طعام الاباحة أو التمليك وقوله (والصوم يجوز فى غير مكة) يعنى بالاجماع وقوله (اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام) بان يصيب كل مسكين من اللحم ما تبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كفارة اليمين وكان من شرط تصدقه التفريق بخلاف ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لان جوازه من حيث الهدى لا من حيث الصدقة وقوله (لان الاراقة لا تنوب عنه) أى لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدى حتى لو سرق المذبوح أو ضاع قبل التصدق به بقى الواجب عليه كما كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وان سرق أو ضاع قبل التصدق به قال (واذا وقع الاختيار على الهدى) اذا اختار القاتل الهدى (يهدى ما يجزيه فى الاضحية) وهو الجذع الكبير من الضأن أو الثنى من غيره عند أبى حنيفة (لان مطلق اسم الهدى ينصرف اليه) كما فى هدى المتعة والقران فانه ينصرف الى ما يجزئ فى الاضحية واعترض عليه بان اسم الهدى قد ينصرف الى غيره كما اذا قال ان فعلت كذا فثوبى هذا هدى فليكن فى محل النزاع كذلك وأجيب بان الكلام فى مطلق الهدى وما ذكرت ليس كذلك لان الاشارة الى الثوب قيدته بذلك (وقال محمد والشافعى يجزئ صغار النعم) قال فى النهاية وذكر فى المبسوط والاسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان قول أبى يوسف مثل قول محمد (لان الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة) فدل على جواز ذلك فى باب الهدى وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام) فيجوز أن يكون ايجاب الصحابة على ذلك الوجه

(ويجوز الاطعام فى غيرها) خلافا للشافعى رحمه الله هو يعتبره بالهدى والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدى قربة غير معقولة فيختص بمكان أو زمان أما الصدقة قربة معقولة فى كل زمان ومكان (والصوم يجوز فى غير مكة) لانه قربة فى كل مكان (فان ذبح الهدى بالكوفة أجزأه عن الطعام) معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدى يهدى ما يجزيه فى الاضحية لان مطلق اسم الهدى منصرف اليه وقال محمد والشافعى يجزى صغار النعم فيها لان الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام يعنى اذا تصدق

به زيادة الاحكام والاتقان والظاهر الوجوب وقصد الاحكام والاتقان لا ينافيه بل قد يكون داعيته (قوله ونحن نقول الخ) وذلك أنه لما عين الهدى أحد الواجبات علم أن ليس المراد مجرد التصدق باللحم والا لحصل التصدق بالقيمة أو بلحم يشترى به بل المراد التقرب بالاراقة مع التصدق بلحم القربان وهو تبع متمم لمقصوده فلا ينعدم الاجزاء بفواته عن ضرورة فلذا لو سرق بعد الاراقة أجزأه بخلاف ما لو سرق قبلها أو ذبح بالكوفة فسرق لا يجزيه لان القربة هناك لا تحصل الا بالتصدق لاختصاص قربة الاراقة بكان مخصوص أعنى الحرم ولا يتصدق بشىء من الجزاء على من لا تقبل شهادته له ويجوز على أهل الذمة والمسلم أحب ولو أكل من الجزاء غرم قيمة ما أكل (قوله واذا وقع الاختيار على الهدى يهدى ما يجزى فى الاضحية) حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول الا عناقا أو حملا كفر بالاطعام أو الصوم لا بالهدى ولا يتصور التكفير بالهدى الا أن تبلغ قيمته جذعا عظيما من الضأن أو ثنيا من غيره وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد رحمه الله يكفر بالهدى وان لم يبلغ ذلك ومنهم من جعل قول أبى يوسف كقول محمد لان الصحابة أوجبوا عناقا وجفرة على ما ذكرناه من قريب وأبو حنيفة يقول المنصوص عليه الهدى ومطلقه فى الشرع ينصرف الى ما يبلغ ذلك السن لانه المعهود من اطلاقه فى هدى المتعة والقران والاضحية فيحمل عليه وانما يراد به غير ما ذكرنا مجازا فيتقيد جواز اعتباره بالقرينة كما لو قال ثوبى هدى لزمه الثوب لتقييد الهدى بذكره ولذا لو قال ان فعلت كذا فعلى هدى لزمه شاة ثم اذا اختار الهدى وبلغ ما يضحى به قال المصنف لا يذبح الا بمكة يريد الحرم مطلقا ولو ذبح فى الحل لا يجزيه من الهدى بل من الاطعام فيشترط أن يعطى كل فقير قدر قيمة نصف صاع حنطة أو صاع من غيرها ان كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول أجزأه والا فيكمل ويجوز أن يتصدق بالشاة الواقعة هديا على مسكين واحد كما فى هدى المتعة (قوله وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام الخ) يتضمن جوابهما يعنى أن المنفى وقوع

(قوله ونحن نقول الهدى قربة غير معقولة فيختص بزمان أو مكان) وانما اختص الهدى بالحرم ليصير قربة لا التوسعة سكان الحرم ولهذا لو اراق خارج الحرم وتصدق بلحمها على فقراء الحرم لا يجوز (قوله فان ذبح بالكوفة أجزأه عن الطعام) كما فى كفارة اليمين اذا كسا عشرة مساكين ثوبا واحدا جاز عن الطعام اذا كانت قيمة ما أصاب كل مسكين نصف صاع من بر ولا يجزيه عن الاطعام أيضا الا اذا أصاب كل مسكين من

(قوله وقال أتغمص) أقول بالصاد المهملة أى أتحتقرها وتطعن فيها (قوله وقوله لان الاراقة لا تنوب عنه الخ) أقول والاظهر عندى أن ضمير عنه عائد الى الطعام يعنى أن مجرد الاراقة بدون التصدق لا تنوب عن الاطعام وأما نفى نيابتها عن الهدى فقد علم من قوله والهدى لا يذبح الا بمكة

واذاوقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فتعتبر قيمته (واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أوصاعا من تمر أوشعير ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) لان الطعام المذكور ينصرف الى ماهو المعهود فى الشرع (وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر أوصاع من تمر أوشعير يوما) لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لاقيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود فى الشرع كما فى باب الفدية (فان فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء تصدق به وان شاء صام عنه يوما كاملا) لان الصوم أقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب أويصوم يوما كاملا لما قلنا (ولو جرح صيدا أونتف شعره أوقطع عضوا منه ضمن مانقصه) اعتبارا للبعض بالكل كما فى حقوق العباد (ولو نتف ريش طائر أوقطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة)

الصغار هدايا تتعلق القربة فيه بنفسه بمجرد الاراقة لاجوازها مطلقا بل تجويزها باعتبار القيمة طعاما فيجوز كون حكم الصحابة كان على هذا الاعتبار فى الصغار فمع دفعهم ذلك حينئذ لا ينافى ماذهب اليه فلا ينتهض عليه وأماصيرورة ولد الهدى هديا فالتبعية كولد الاضحية (قوله عندنا) قيد بالظرف لنفى قول محمد انه يقوم النظير على ماذكر لانه الواجب عينا اذا كان للمقتول نظير وقوله (لانه) راجع الى المتلف يعنى المتلف (هو المضمون) فلا معنى لتقوم غيره لجبره ولو سلم أن النظير هو الواجب عينا عند اختيار الهدى لم يلزم منه وجوب تقويمه عند اختيار خصلة أخرى فكيف وهو ممنوع (قوله ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) ولا يمنع أن يعطيه أكثر ولو كان كل الطعام غير أنه ان فعل أجزأ عن اطعام مسكين نصف صاع وعليه أن يكمل بحسابه ويقع الباقى تطوعا بخلاف الشاة فى الهدى بناء على أن أصل القربة قد حصلت بالاراقة واطعامه تبع متمم له (قوله ضمن مانقصه) وان برأ وبقى له أثر وان لم يعلم أمات أوبرأ ففى القياس يضمن مانقص وفى الاستحسان يضمن قيمته احتياطا كمن أخرج صيدا من الحرم ثم أرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته ولو قلع سن ظبى أونتف شعر صيد فنبت مكانها أوضرب عينها فابيضت ثم انجلت فلاشئ عليه عند أبى حنيفة وعليه صدقة عند أبى يوسف باعتبار ماوصل اليه من الالم وقد روى عن أبى يوسف أيضا اعتبار الالم فى الجناية على العباد حتى أوجب على الجانى ثمن الدواء وأجرة الطبيب الى أن يندمل وفى مناسك الكرمانى لوضرب صيدا فمرض فانتقصت قيمته أوازدادت ثم مات كان عليه أكثر القيمتين من قيمة وقت الجرح أووقت الموت ولو جرحه فكفر ثم قتله كفر أخرى فلو لم يكفر حتى قتله وجبت عليه كفارة واحدة ومانقصته الجراحة الاولى ساقط وفى الجامع محرم بعمرة جرح صيدا غير مستهلك ثم أضاف الى عمرته حجة ثم جرحه كذلك فمات منهما فعليه للعمرة قيمته صحيحا وللحج قيمته وبه الجرح الاول ولو كان جرحه ثم حل من عمرته ثم أحرم بالحج ثم جرحه ثانيا فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثانى وللحج قيمته وبه الجرح الاول ولو حل من العمرة ثم قرن ثم جرحه فمات فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثانى وللقران قيمتان وبه الجرح الاول ولو كان الاول مستهلكا بان قطع يده والثانى غير مستهلك وباقى المسئلة بحالها فعليه للعمرة قيمته صحيحا للحال وللقران قيمتان وبه الجرح الاول ولو كان الثانى قطع يدا أخرى فهى ومالو كان جرحا غير مستهلك سواء لانه لايمكنه استهلاكه مرة ثانية

اللحم ماتبلغ قيمته قيمة نصف صاع (قوله واذاوقع الاختيار) أى اختيار القاتل والحكمين على حسب الاختلاف (قوله واذاوقع الاختيار على الطعام) يقوم المتلف عندنا وعند محمد والشافعى رحمه الله يقوم النظير بناء على أن الواجب الاصلى هو النظير عندهما وعندنا قيمة الصيد (قوله معهود فى الشرع) كما فى الفدية عهد فى الشرع اقامة نصف صاع من حنطة مقام صوم فى باب الفدية كما فى الشيخ الفانى وكما اذا أوصى بفدية الصيام (قوله فخرج من حيز الامتناع) هو قد يكون بالطيران أو بالعدو أو بالدخول فى الجحر (قوله

لانه

(واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا) وقال الشافعى وقيل هو قول محمد يجب المثل ثم يقوم المثل بالطعام وأما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته وقوله (واذا اشترى بالقيمة طعاما) اشارة الى أنه يجوز أن يقوم المتلف بالقيمة ثم يشترى بالقيمة طعاما وقوله (ينصرف الى ماهو المعهود فى الشرع) يعنى نصف صاع من بر كما فى صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار وقوله (وان اختار الصيام) ظاهر وقوله (وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين) بان قتل يربوعا أوعصفورا ولم تبلغ قيمته الامدا من الحنطة (يطعم ذلك القدر أو يصوم يوما كاملا لما قلنا) أن الصوم أقل من يوم غير مشروع وقوله (ولو جرح صيدا) ظاهر

(قوله وقيل هو قول محمد يجب المثل الخ) أقول صاحب القيل هو حميد الدين الضرير ولكن أنكره الاتقانى بناء على مافى شرح مختصر الكرخى والايضاح وشرح الاقطع وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام من أنه يعتبر قيمة المتلف عند محمد رحمه الله

لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه (ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته) وهذا مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهم ولانه أصل الصيد وله عرضية أن يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا مالم يفسد (فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا) وهذا استحسان والقياس أن لايغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما

(قوله لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع) يعنى وكان كالاتلاف فهذا كالقياس الجارى فى الدلالة مما قدمناه فان أدى الجزاء ثم قتله لزمه جزاء آخر وان لم يؤده حتى قتله فجزاء واحد (قوله عن على وابن عباس رضى الله عنهم) قال عبد الرزاق حدثنا سفيان الثورى عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس قال فى بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه وروى ابن أبى شيبة عنه قال فى كل بيضتين درهم وفى كل بيضة نصف درهم وروى ابن أبى شيبة عن ابن مسعود قال حدثنا ابن فضيل عن خصيف عن أبى عبيدة عن عبد الله قال فى بيض النعام قيمته وقال عبد الرزاق أخبرنا أبو حنيفة عن خصيف به وأخرج ابن أبى شيبة مثله عن عمر منقطعا وأخرج نحوه عن مجاهد والشعبى والنخعى وطاوس وفيه حديث مرفوع رواه عبد الرزاق والدارقطنى وهو ضعيف (قوله مالم يفسد) الاوجه وصله بكسر بيض نعامة أى ومن كسر بيض نعامة مالم يفسد أى فى زمن عدم فسادها فعليه قيمته وما مصدرية نائبة عن ظرف الزمان وانما لم يجب فى البيضة المذرة لان ضمان البيضة ليس لذاتها بل لعرضية الصيد وليست المذرة بعرضية أن تصير صيدا فانتفى بهذا ماقال الكرمانى اذا كسر بيض نعامة مذرة وجب الجزاء لان لقشرها قيمة وان كانت غير نعامة لايجب شئ وذلك لان المحرم بالاحرام ليس التعرض للقشر بل للصيد فقط وليس للمذرة عرضية الصيدية (قوله والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه) يفيد أن هذا الحكم فيما اذا جهل أن موته من الكسر أولا فاما اذا علم أن موته قبل الكسر لايجب فيه شئ لانعدام الاماتة ولا فى البيض لعدم العرضية واذا ضمن الفرخ لايجب فى البيض شئ لان ماضمانه لاجله قد ضمنه ولو أخذ البيضة فحضنها تحت دجاجة ففسدت لايختلف الجواب ولو لم تفسد وخرج منها فرخ وطار لاشئ عليه وكذا لو نفر صيدا عن بيضة ففسد ضمنه احالة للفساد عليه لانه السبب الظاهر ولايخفى عليك اذا تذكرت أن التعليل المذكور كالتعليل فى مسئلة الفأرة التى توجد فى البئر ميتة لايدرى متى وقعت حيث حكم أبو حنيفة باضافة موتها الى وقوعها فى البئر ورتب عليها حكم البئر التى ماتت فيها فأرة احالة على السبب الظاهر وهما قد خالفاه هناك ووافقاه هنا فيطالبان بالفرق المؤثر لا كل فرق وعلى هذا لو جرح صيدا فغاب فوجده ميتا ان علم أنه مات بسبب آخر فعليه ضمان الجرح وان لم يعلم يجب الضمان احتياطا للسببية الظاهرة كمن أخرج صيدا من الحرم وأرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته (قوله وعلى هذا) أى هذا الاصل وهو النسبة الى ماهو سبب ظاهر (اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت الام فعليه ضمانهما) أما الام فظاهر وأما الجنين فلان ضرب البطن

ومن كسر بيض صيد فعليه قيمته) أى قيمة البيض لانه معد ليكون صيدا فاعطى له حكم الصيد فى ايجاب الجزاء على المحرم بافسادة كما أن الماء فى الرحم جعل كالولد فى حكم العتق والوصية يؤيده قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم قيل ماتناله الايدى البيض (قوله مالم يفسد) احتراز عن بيضة مذرة فانه لاشئ فى كسرها (قوله فان خرج من البيضة فرخ ميت فعليه قيمته حيا) أى اذا علم حياته أولم يعلم حاله أما اذا كان علم أنه كان ميتا قبل الكسر لاضمان عليه (قوله فعليه قيمتهما) هذا بخلاف ما اذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا وماتت الام لما وجب ضمان الام لم يجب ضمان الجنين لان الجنين فى حكم النفس من وجه وفى حكم الجزء من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبنى على الاحتياط فلا يجب فى موضع الشك فاما جزاء الصيد فمبنى على الاحتياط فترجح جهة النفسية فى الجنين فلهذا

(فان خرج من البيض فرخ ميت) هذه المسئلة لاتخلو اما أن علم أنه كان حيا ومات بالكسر أو علم أنه كان ميتا أولم يعلم أن موته بسبب الكسر أولا فان كان الاول ضمن قيمته وان كان الثانى فلاشئ عليه وان كان الثالث (فالقياس أن لايغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة) وفى الاستحسان تجب عليه قيمة الفرخ حيا لماذكر فى الكتاب وتقريره البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى وكل ماهو معد ليخرج منه الفرخ الحى كسره قبل أوانه سبب لموت ذلك الفرخ وذلك اتلاف له والاتلاف يوجب الضمان وقوله (فيحال به عليه) أى بالموت على الكسر والباء صلة كان أصله يحال الموت على الكسر أى يضاف اليه فان قيل بيض النعامة كبطن الظبية ولو ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على مايجئ فلم لايكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا أجيب بان ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه سبب الفرخ ولهذا لايجب الضمان اذا كانت البيضة مذرة فاذا وجب ضمان الفرخ لايجب ضمان البيض

وقوله (وعلى هذا) أى على القياس والاستحسان (اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما) فان قيل قد تقدم أن

فضمان الصيد يشبه غرامات الاموال ومن ضرب بطن جارية فالقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين أجيب بان الجنين فى حكم الجزء من وجه وفى حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبنى على الاحتياط فلا يجب فى موضع الشك فاما جزاء الصيد فبنى على الاحتياط فرجح فيه شبه النفسية فى الجنين ووجب الجزاء (وليس فى قتل الفواسق الخمس شئ لان النبى صلى الله عليه وسلم استثنى بقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور وذكر الذئب فى بعض الروايات) فقيل فيما اذا ذكر الكلب العقور فمراده الذئب أو يقال ان الذئب فى معنى الكلب العقور وذكر المصنف رحمه الله فى أول هذا الفصل الستة بناء على الرواية أو الدلالة وقوله (والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف ويخلط) أى النجاسات مع غيرها أى يأكل الحب تارة والنجاسة أخرى وقع تكرارا لانه ذكره فى أول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن أبى يوسف فكان مستغنى عن ذكره وقوله الذى يأكل الجيف خبر لا صفة فكان

(وليس فى قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء) لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور وقال صلى الله عليه وسلم يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب فى بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب أو يقال ان الذئب فى معناه والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف ويخلط

سبب ظاهر لموته وقد ظهر عقيبه ميتا فيحال عليه (قوله وليس فى قتل الغراب) لم يقل ليس فى قتل المحرم الخ جزاء بل أطلق نفى الجزاء فى قتلهن ليفيد أنه لا يستعقب جزاء فى الحرم ولا فى الاحرام فلهذا استدل بما يفيد اباحة قتلهن فى الحرم وبما يفيد فى الاحرام فالاول هو ما فى الصحيحين من قوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور وفى لفظ لمسلم الحية عوض العقرب وقال فيه الغراب الابقع والثانى ما فى الصحيحين عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الدواب ليس على المحرم فى قتلهن جناح العقرب والفأرة والكلب العقور والغراب والحدأة وأخرجاه أيضا عن ابن عمر قال حدثتنى احدى نسوة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يقتل المحرم فذكر الخمسة وزاد فيه مسلم والحية قال وفى الصلاة أيضا وروى أبو داود عن أبى سعيد الخدرى سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم قال يقتل الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادى ويرمى الغراب ولا يقتله ولم يذكر فيه الترمذى السبع العادى وقال حديث حسن وحمل الغراب المنهى عن قتله هنا على غير الابقع وهو الذى يأكل الزرع كما ذكره المصنف وانما يرميه لينفره عن الزرع وأخرج الدارقطنى عن ابن عمر قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم المحرم بقتل الذئب والفأرة والحدأة والغراب وفيها الحجاج بن أرطاة ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه مقتصرا على الذئب وأخرج نحوه عن عمر وابن عمر وأخرج عن عطاء قال يقتل المحرم الذئب وكل عدو ولم يذكر فى الكتاب وهذا ما قال المصنف وذكر الذئب فى بعض الروايات وأخرج الطحاوى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم نحو حديث مالك والليث الا أنه قال فيه والحية والذئب والكلب العقور وقال السرقسطى فى غريبه الكلب العقور يقال لكل عاقر حتى اللص المقاتل (قوله وقيل المراد بالكلب العقور الذئب) وقيل المراد به الاسد أسنده السرقسطى عن أبى هريرة قال حدثنا محمد بن على قال حدثنا سعيد بن منصور حدثنا حفص بن ميسرة عن زيد بن أسلم عن ابن سيلان عن أبى هريرة أنه قال الكلب العقور الاسد (قوله أو يقال ان الذئب فى معناه)

وجب جزاؤهما فان قيل فعلى هذا كان ينبغى ان يضمن قيمة البيض والفرخ قلنا البيض انما يضمن لكونه معدا للفرخ ولهذا لا يضمن البيضة المذرة فلما ضمن الفرخ لم يضمن البيض (قوله وليس فى قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء) لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من

(قال المصنف الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور) أقول اتفقت الروايات على ذكر الفأرة فى المستثنيات فلا وجه لتركها فيما سبق والجواب أنه انما لم يذكرها لانها ليست من الصيود فلا معنى لذكرها فى سياق المستثنيات منها وليس فى الحديث لفظ الاستثناء حتى يرد عليه شئ فتأمل (قوله وذكر المصنف فى أول هذا الفصل الستة بناء الخ) أقول فكان الوجه أن لا ينص على الخمس كما لا يخفى والاولى أن يقال ذكر الذئب بعد الكلب العقور على سبيل العطف التفسيرى ترجيحا من المصنف كون المراد من الكلب العقور الذئب فان الكلب ليس من الصيود فلا حاجة الى استثنائه من الآية فليتأمل (قال المصنف والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف) أقول ولعل التخصيص المستفاد من التفسير لانه روى أبو داود عن الخدرى رضى الله عنه سئل صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم قال يقتل المحرم الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادى ويرمى الغراب ولا يقتله فلا بد من حمل الغراب المأمور بقتله على ما ذكره أبو يوسف والمنهى عن قتله على الغراب الغير الابقع وهو الذى يأكل الزرع لدفع التعارض (قوله وقع تكرارا لانه ذكره الى قوله فكان مستغنى عن ذكره) أقول فيه زيادة الخلط فلا يكون تكرارا محضا ثم أقول انه ذكر ذلك فى هذا الباب

موضع ضمير الفصل واحترز به عن الغراب الذى يأكل الزرع فانه يجب الضمان بقتله وقوله (لانه يبتدئ بالاذى) قيل لانه يقع على دبر الدابة وقيل فعلى هذا يكون فى قوله فى العقعق ولا يبتدئ بالاذى نظر لانه يقع على دبر الدابة (وعن أبى حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما) أى من الكلب العقور وغير العقور (سواء) أما العقور فظاهر لانه ورد فيه الحديث وأما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة وقوله (لان المعتبر هو الجنس) يعنى الحقيقة التى تسمى كلبا لا فرد دون فرد وهذا لان هذا الجنس ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضى الى ابطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا والجواب أنه ليس للقيد بل لاظهار نوع أذاه فان ذلك طبع فيه وقوله (لانها ليست بصيود) يعنى أنها ليست بمتوحشة عن الآدمى بل هى طالبة له (وليست بمتولدة من البدن) يعنى حتى تكون من باب قضاء التفث كالقملة (ثم هى مؤذية بطباعها) فلا يجب بقتلها شئ وقوله (ولكن لا يجب الجزاء

لانه يبتدئ بالاذى أما العقعق فغير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر فى ذلك الجنس وكذا الفأرة الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتدئان بالاذى (وليس فى قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شئ) لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هى مؤذية بطباعها والمراد بالنمل السود أو الصفر الذى يؤذى وما لا يؤذى لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء

يعنى فيلحق به دلالة ولا بد من تعيين ذلك الموجب للالحاق فى الدلالة والذى يدور عليه كلامه هو كونهن مبتديات بالاذى وضم غيره الى ذلك مخالطتها يعنى كونها تعيش بالاختطاف والانتهاب وسنذكر لهذا تماما ان شاء الله تعالى (قوله لان المعتبر فى ذلك الجنس) وان كان وصفه بالعقور ايماء الى العلة لما روى أبو داود فى المراسيل وذكر الكلب من غير وصفه بالعقور فعلم أن المراد الجنس والذى ذكر وصفه بالعقور يراد به الكلب الوحشى لانه يكون عقورا مبتديا بالاذى فافاد أنه وان كان صيدا لا شئ فيه لكونه عقورا ويكون ما فى المراسيل تعميم النوع بنفى الجزاء لان أحد صنفيه مؤذ وهو الصيد والآخر ليس بصيد أصلا الا أن هذا يقتضى أن يكون بعض النوع الواحد وحشيا وبعضه لا فان استبعد ذلك وادعى أن كل نوع فطرته فى الوحشية وعدمها شاملة لكل أفراده ثم يعرض لبعضها خلاف الطبع الاصلى من التوحش والاستئناس قلنا على التنزل نختار أن جنس الكلب غير وحشى وان وجد منه وحشى فالتوحش عارض له فاقتضى أن لا يجب بقتل شئ منه جزاء وفائدة التنصيص على وصف بخصوصه بنفى الجزاء أعنى ما هو معروض التوحش دفع توهم أنه وحشى بالاصالة فيجب بقتله الجزاء وأنه لو كان وحشيا لم يكن فيه شئ لكونه عقورا على ان الحق جواز الانقسام وقولهم الفأرة الوحشية والاهلية يفيده وهذا كله اذا حكم بارادة حقيقة الكلب أما اذا قيل بان المراد من الكلب العقور الذئب أو الاسد فلا اشكال حينئذ الا أنه يجب أن يحمل الاسد المحكوم عليه بانه هو المراد بالكلب العقور على الاسد العادى عندهم لانهم يوجبون الجزاء بقتل الاسد اذا لم يصل ويدل على هذه الارادة ما ذكرناه من حديث الترمذى وأبى داود (قوله وكذا الفأرة الاهلية والوحشية) لوجود المبيح فى الوحشية وهو فسقها والسنور كذلك فى رواية الحسن عن أبى حنيفة وفى رواية هشام عن محمد ما كان منه بريا فهو متوحش كالصيود يجب بقتله الجزاء (قوله وليست بمتولدة من البدن) احترازا عن القملة (قوله وما لا يؤذى لا يحل قتلها) وان كان لا يجب بقتلها الجزاء وهكذا الكلب الاهلى اذا لم يكن مؤذيا لا يحل قتله لان الامر بقتل الكلاب نسخ فتقييد القتل بوجود الايذاء (قوله للعلة الاولى) يعنى كونها ليست بصيود ولا متولدة من البدن وهما وان كانا علتين للحكم الذى هو وجوب الجزاء لكن نفيهما معا علة لنفيه لان

الفواحش والحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور والمذكور فى الرواية سبع وفى الحديث خمس لانه ذكر فى بعض الروايات الذئب مكان الكلب العقور أو الذئب فى معناه وذكر فى بعض الروايات الغراب مكان الحدأة أو الغراب فى معناه فلذلك ذكر فى الرواية السبع وفى الحديث الخمس وقوله عليه السلام يقتلن أو يقتل بيان لاباحة القتل لا حقيقة الاخبار والا للزم الخلف فى كلام صاحب الشرع * فان قيل كيف خص عموم قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم بهذا الحديث وهو خبر واحد * قلنا خص هذا العام ابتداء بالنص القطعى وهو قوله تعالى أحل لكم صيد البحر لانه لما جهل التاريخ يجعل كأنهما وردا معا فيجعل مخصصا له فبعد ذلك يجوز تخصيصه بالقياس فكيف بالخبر الواحد أو نقول وهو الوجه ان هذا الحديث مشهور وليس بخبر الواحد كذا ذكر فى الاسرار فيجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى (قوله وليست بمتولدة من البدن) احترازا عن القملة فان فى قتلها شيئا (قوله وما لا يؤذى لا يحل قتلها) روى انه

قبل ورقتين ونصف ورقة تخمينا وهو قوله الخمس الفواسق الى قوله وهى ستة وسيأتى العذر عن ذلك (قوله وقيل فعلى هذا الخ) أقول يعنى الاتقانى (قوله لان هذا الجنس ليس بصيد) أقول فلا يحتاج الى الاستثناء من الآية (قوله وفيه نظر لانه الخ) أقول لو صح هذا النظر يلزم اعتبار مفهوم الصفة بل سائر المفاهيم (قال المصنف والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة) أقول يعنى ليسا حكما من قبيل الخمسة المستثناة وانما أولنا به ليستقيم التعليل الذى ذكره بقوله لانهما الخ فتامل

(قوله للعلة الاولى) يعنى قوله لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن فماه ماعلة وان كانا فى معنى علتين لانه ذكر فى موضع السلب وفى موضع السلب تكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة فى أن الحكم ينتفى بالجميع كما أنه ينتفى بانتفاء الواحدة وقوله (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) وقد أوضحه فى الكتاب وليس الجزاء منحصرا فى القتل بل الالقاء فى الارض كالقتل سواء أخذها من رأسه أو من موضع آخر وقيل فى القملتين والثلاث كف من حنطة وفى الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة وقوله (شيأ يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا) قال فى الجامع الصغير ككسرة خبز وقول عمر رضى الله عنه (تمرة خير من جرادة) قصته أن أهل حمص أصابوا جرادا كثيرا فى احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر رضى الله عنه أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حمص تمرة خير من جرادة قال (ومن حلب صيد الحرم) اللبن من أجزاء الصيد لقوله تعالى نسقيكم مما فى بطونه وكلمة من للتبعيض وقوله (كالسباع) أى سباع البهائم (ونحوها) أى سباع الطير

(قوله كما أنه ينتفى بانتفاء الواحدة) أقول يعنى اذا انحصرت علة الثبوت فيها أما اذا ثبت الحكم بعلل شتى فلو ثبت شئ منها لم ينتف الحكم

العلة الاولى (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذى على البدن (وفى الجامع الصغير أطعم شيأ) وهذا يدل على أنه يجزيه أن يطعم مسكينا شيأ يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا (ومن قتل جرادة تصدق بما شاء) لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن أخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ (وتمرة خير من جرادة) لقول عمر رضى الله عنه تمرة خير من جرادة (ولا شئ عليه فى ذبح السلحفاة) لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا (ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته) لان اللبن من أجزاء الصيد فاشبه كله (ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء) الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعى رحمه الله لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت فى الفواسق المستثناة

الحكم اذا كان يثبت بعلل شتى يكون نفيه معلولا بعدم الكل اذ لو ثبت شئ منها لم ينتف وعن أبى يوسف فى قتل القنفذ روايتان فى رواية جعله نوعا من الفأرة وفى أخرى جعله كاليربوع ففيه الجزاء وفى الفتاوى لا شئ فى ابن عرس خلافا لابى يوسف وأطلق غيره لزوم الجزاء فى الضب واليربوع والسمور والسنجاب والدلق والثعلب وابن عرس والارنب من غير حكاية خلاف فى شئ (قوله لانها متولدة من التفث الذى على البدن) يفيد أن الجزاء باعتبار أنه قضاء التفث فيستفاد منه أنه لو لم يأخذها من بدنه بل وجد قملة على الارض فقتلها لا شئ عليه * واعلم أن الالقاء على الارض كالقتل تجب به الصدقة ولو قال محرم لحلال ارفع هذا القمل عنى أو دفع ثوبه اليه ففعل ما فيه من القمل فقتله كان على الآمر الجزاء وكذا اذا أشار الى قملة فقتلها الحلال كان عليه جزاؤها لان الدلالة موجبة فى الصيد فكذا ما فى حكمه كذا فى التجنيس والقملتان والثلاث كالواحدة وفى الزائد على الثلاث بالغا ما بلغ نصف صاع وهذا اذا قتلها قصدا وكذا لو ألقى ثوبه فى الشمس لقصد قتلها كان عليه نصف صاع بر ونحوه ولو ألقاه لا للقتل فماتت لا شئ عليه (قوله لان الجراد من صيد البر) عليه كثير من العلماء ويشكل عليه ما فى أبى داود والترمذى عن أبى هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة أو عمرة فاستقبلنا رجل من جراد فجعلنا نضربه بسياطنا (١) وقسينا فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم كلوه فانه من صيد البحر وعلى هذا لا يكون فيه شئ أصلا لكن تظاهر عن عمر الزام الجزاء فيها فى الموطأ أنبأنا يحيى بن سعيد أن رجلا سأل عمر عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نحكم فقال كعب درهم فقال عمر انك لتجد الدراهم لتمرة خير من جرادة ورواه ابن أبى شيبة عنه بقصته ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم أن كعبا سأل عمر فذكر معناه وقال حدثنا محمد بن راشد عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه سئل عن الجراد يقتله المحرم فقال تمرة خير من جرادة وتبع عمر أصحاب المذاهب والله أعلم وفى المحيط مملوك أصاب جرادة وهو محرم ان صام يوما فقد زاد وان شاء جمعها حتى تصير عدة جراد ثم يصوم يوما (قوله كالسباع ونحوها) فالسباع كالاسد والفهد والنمر والفيل ففى المحيط ان قتل

عوتب بعض الانبياء عليهم السلام باحراق قرية نمل (قوله للعلة الاولى) وهى انها ليست بصيود (قوله ومن قتل قملة تصدق بما شاء) ككسرة خبز هذا اذا أخذه من بدنه فقتلها وأما اذا كانت القملة ساقطة على الارض فقتلها فلا شئ عليه كما فى البرغوث هذا فى القملة الواحدة وأما فى الثنتين أو الثلاث كف من حنطة وفى الزيادة على الثلاث نصف صاع من حنطة ولو ألقى ثيابه فى الشمس ليقتل القمل حر الشمس فمات القمل فعليه من الجزاء نصف صاع من حنطة اذا كان القمل كثيرا وأما لو ألقى ثوبه ولم يقصد به قتل القمل فمات القمل من حر الشمس فلا شئ عليه كذا فى المبسوط (قوله لقول عمر رضى الله عنه) تمرة خير من جرادة وقصة هذا الحديث ان أهل حمص أصابوا جرادا كثيرا فى احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جراد بدرهم فقال عمر أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حمص تمرة خير من جرادة وعن أبى يوسف رحمه الله فى قتل القنفذ روايتان فى احدى الروايتين هو نوع من الفأرة وفى رواية جعل كاليربوع كذا فى المبسوط (قوله كالسباع) أى

(١) قوله وقسينا هكذا فى النسخ التى بيدنا والذى فى سنن أبى داود وتقصينا ولعله الانسب والحرر اه مصححه

وكذا

وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا أن السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد

خنزيرا أو قردا أو فيلا تجب القيمة خلافا لهما اه وقول العتابى الفيل المتوحش صيد ليس على ما ينبغى فان المستأنس يجب كونه صيدا أيضا لعروض الاستئناس كما قالوا فى الظبى وحمار الوحش انهما صيد وان تألفا وغاية الامر أن يجرى فى الفيل المتألف روايتان كما أن فى الطيور المصوتة روايتين ولكن المختار فيهما أنهما صيد والمراد بنحوها سباع الطير كالبازى والصقر معلما وغير معلم (قوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها) ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال داعيا على عتبة بن أبى لهب اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه سبع (قوله وكونه مقصودا بالاخذ) هذا زيادة قيد على ما قدمناه فى معنى الصيد لم يذكره فى تعريفه السابق فيلزم اما فساد السابق أو هذا اللاحق (قوله لما فيه من ابطال العدد) العدد المنصوص هو الخمس فيلزم من الالحاق به قياسا أن يكون المستثنى شرعا أكثر من خمس فيبطل العدد أى ينتفى فائدة تخصيص اسمه دون غيره من الاعداد المحيطة بالملحق وغيره أو الاطلاق أعنى ذكره باسم عام مثل أن يقول يقتل كل عاد منتهب وفيه نظر من وجوه أما أولا فان مثله يلزم فى مفهوم الصفة فيقال مثلا لو جاز نكاح الامة الكتابية لم يبق لذكر المؤمنات فى قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات فائدة وكذا فى المقيد بالشرط وسائر المفاهيم المخالفة فما هو جوابكم عن هذا فهو بعينه جوابنا عن مفهوم العدد وأما ثانيا فان عدد الخمس قد تحقق عدم قصر الحكم عليه شرعا وفرغ من ذلك فانه قد ثبت النص على الذئب والحية أيضا فى أحاديث لم ينص فى صدرها على عدد بل قال يقتل المحرم كذا وكذا الى آخر ما رويناه من قريب فثبت عدم ارادة قصر ذلك الحكم على الخمس فانفتح باب القياس اذ حديث الفواسق تخصيص للآية ودليل التخصيص يعلل ويلحق بما أخرجه ما تخرجه العلة أيضا بالاتفاق وأما ثالثا فان المصنف رحمه الله جوز الحاق الذئب بطريق الدلالة وعلى تقديره يبطل أيضا العدد وكون الثابت دلالة ثابتا بالنص لا يخرج به الحال عن أنه بطل خصوص الخمس ويجىء فيه عين ما تقدم من أنه لو أراده لذكر عددا يحيط به معها فيقول ست من الفواسق سلمناه لكن الالحاق بالدلالة لا بد فيه على ما عرف من معنى جامع غير أنه لا يتوقف سوى على فهم اللغة دون أهلية الاجتهاد ولذا سماه كثير القياس الجلى ونسميه نحن الثابت بمعنى النص لغة واذا كان كذلك فلا بد من تعيينه فما عينتم ومن قولكم لانها مبتدئات بالاذى ونحوه أو غيره فى الحاق الذئب فهو الذى يلحق باعتباره سائر السباع فان سميتم ذلك دلالة فهذا أيضا دلالة وأما رابعا فانا لم نخرجه بالقياس بل بالنص وهو ما قدمناه من حديث أبى داود والترمذى من قوله عليه السلام وكل سبع عاد وقال الترمذى حسن فان قيل نقول من الرأس يخرج مجموع ما نص على اخراجه وهو الحية والعقرب والفأرة والكلب والغراب والذئب والحدأة والسبع العادى على أن المراد به فى حالة اعتدائه وهو ما اذا صال على المحرم فانه حقيقة اسم الفاعل وبه نقول انه اذا صال فقتله فلا شئ عليه كما سنذكره ثم نمنع الالحاق لانه حينئذ ناسخ على أصولنا لا مخصص لاشتراطنا المقارنة فى المخصص

كسباع البهائم كالاسد والنمر والفهد وقوله ونحوها أى كسباع الطير كالبازى والصقر فان مطلق السباع يقع على سباع البهائم (قوله وكذا اسم الكلب) يتناول السباع باسرها لغة يعنى ان الكلب اسم لما يتكلب أى يشتد لا ان يكون المراد منه الكلب المعروف فانه أهلى وليس بصيد ولا يحرم على المحرم أخذه فعلى هذا اسم الكلب يتناول الاسد والنمر وغيرهما ألا ترى أنه عليه السلام حين دعا على عتبة بن أبى لهب فقال اللهم سلط عليه كلبا من كلابك افترسه أسد بدعائه ولنا قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم واسم الصيد يعم الكل لانه سمى به لتنفره واستيحاشه وبعده عن أيدى الناس وذلك موجود فيما لا يؤكل لحمه ولان حرمة الصيد تثبت بالاحرام والحرم تعظيما للحرم والاحرام لا لكونه ما كولا حتى ألحق النبات فى الحرم بالصيد فصار المأكول فيه وغير المأكول سواء (قوله والقياس على الفواسق ممتنع) لما فيه من ابطال

وقوله (وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة) يعنى أن النبى صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فانه أهلى وليس بصيد فكان المراد ما يتكلب أى يشتد فيتناول الاسد والفهد والنمر وغيرها فكان كأن الله تعالى قال لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم الا ما كان مؤذيا ولو كان النص بهذه الصفة لم يتناول الا ما كول اللحم فكذا هذا (ولنا أن السبع صيد لتوحشه) وتنفره من الناس (وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب الجزاء بقتله (والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد) وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون فى معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله لغة لم يتناوله عرفا

(قوله والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون فى معنى الفواسق ليلحق بها) أقول وهذا يدل على امتناع القياس أيضا

واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف أملك (ولا يجاوز بقيمته شاة) وقال زفر رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بمأكول اللحم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه الشاة

الاول فما لم يقارن به يكون العموم مرادا فاذا أخرج بعضه بعد الحكم بارادة الكل كان نسخا لانه بعد تعلق الحكم بالفرد المخرج والتخصيص بيان عدم ارادة المخرج واذا كان ناسخا عندنا فلا يلحق اذ لا نسخ بالقياس بل قلنا لا نخرج بل بالقياس بالدلالة فان أخذتم في الجامع الدلالى كونها تعيش مخالطة بالاختطاف والانتهاب كما ذكر بعضهم منعنا أن الحكم باعتباره وأسندناه باخراج الذئب وهو لا يعيش مخالطا والحق أن الوجه المذكور يصلح الزاما للخصم لان الدلالة عندهم وهي التي يسمونها مفهوم الموافقة يشترط فيها كون المسكوت أولى بالحكم من المذكور فهم منع الضرب من منع التأفيف ولا تظهر أولوية السباع باباحة القتل من الفواسق بل غايته المماثلة وأما اثبات منع قتلها على أصولنا فنفيه ما سمعت ولعل لعدم قوة وجهه كان في السباع روايتان كما هو في المحيط حيث قال وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيود وعن أبي يوسف رحمه الله أن الاسد كالكلب العقور والذئب وفي العتابي لا شئ في الاسد وقال أبو حنيفة رحمه الله يجب وقدمنا من البدائع التصريح بحل قتل الاسد والفهد والنمر أول الباب من غير ذكر خلاف (قوله واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا) ظاهر تخصيصه بالعرف أنه يقع عليها لغة بطريق الحقيقة وعلى هذا التقدير يتم مقصود الشافعي رحمه الله فان الخطاب كان مع أهل اللغة ولم يثبت فيه تخصيص من الشرع بغير السبع بل ثبت استعماله فيه على ما سمعته عنه عليه السلام من قوله اللهم سلط عليه كلبا فافترسه سبع فالاولى منع وقوعه على السباع حقيقة لغة ولفظ الكلب في دعائه عليه السلام مستعمل في المعنى المجازي العام أعني المفترس الضاري لا يقال ادعاؤنا أنه في كل السباع حقيقة هو دعوى أنه في كل مفترس ضار حقيقة والافراد حينئذ أفراد المعنى الكلى فدار الامر بين كونه في العام مجازا كما قلتم أو مشتركا معنويا والاشتراك المعنوي أولى بالاعتبار عند التردد بينه وبين المجاز لانا نقول ذلك عند التردد وهو عند عدم دليل عدمه وتبادر النوع المخصوص المعروف عند اطلاق لفظ الكلب دليل عدمه اذ لو كان للمعنى الاعم لم يتبادر خصوص بعضها واذا تبادر خصوص بعضها كان ظاهرا في أن الوضع كان لذلك المعين فيجب اعتباره لذلك وان جاز عروض تبادر البعض بعينه لعروض شهرة وغلبة استعمال لان الظاهر هو الذي يجب المصير اليه لا المجوز الا أن يدل دليل عليه ويتحقق كذلك (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الضبع صيد وفيه شاة) وفي بعض النسخ سبع وليس بمعروف بل المعروف حديث جابر قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو قال نعم ويجعل فيه كبش اذا اصاده المحرم رواه أبو داود وانفرد بزيادة فيه كبش والباقون رووه ولم يذكروها فيه ورواه الحاكم بهذه الزيادة عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد فاذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل وهذا دليل أكله عند الخصم وسيأتي في موضعه والمصنف ان استدل بلفظ السبع فغير ثابت وان استدل بلفظ الضبع بناء على أنه سبع عندنا وغير مأكول تقديما للنهي عن أكل كل ذي ناب من السباع فنقول يجب حمله على أنه كان قدر المالية في وقت التنصيص والا تلزم المعارضة بينه وبين قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم على أن المراد قيمة ما قتل من النعم واذا كنتم قلتم

العدد * فان قيل انكم ألحقتم بالخمس غيرها أيضا * قلنا ألحقنا بها ما هو في معناها من كل وجه بطريق الدلالة وأما القياس على الخمس الفواسق بعلة الايذاء فتعذر لان أذى الخمس الفواسق متعد الينا لانها تتعيش بين أظهرنا فالذئب يقرب من مواشينا والحدأة تعيش بالاختطاف والفارة عيشها من طعام العباد وكذا الغراب والعقرب يلدغ من يتخذه وليا أو نبيا والسبع بالبعد منا فلم يكن أذاه متعديا الينا غالبا فلم يكن نظير الخمس الفواسق فالحاصل أن الشافعي رحمه الله اعتبر نفس الاذى ونحن اعتبرناه بصفة التعدي الينا كما اعتبر نفس الكفر في اباحة القتل ونحن نعتبر الكفر المفضي الى الحراب (قوله والعرف أملك) أي

والعرف أملك) أي أقوى وأرجح في هذا الوضع كما في الايمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط في ايجاب الجزاء وقوله (ولا يجاوز بقيمته شاة) الباء للتعدية وشاة مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمة الذي لا يؤكل لحمه من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية وروى الكرخي أنه ينقص من الدم (وقال زفر تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بمأكول اللحم) والجامع الضمان (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الضبع صيد وفيه الشاة) فلما ورد الشرع بتقدير لا يزاد عليه برأي لان المقادير تعرف سماعا

(قوله وقال زفر تجب قيمته الخ) أقول الظاهر ما قاله زفر رحمه الله لكون ظاهر الآية معه على ما مر تفسيرها وكل السباع لا يقاس على الضبع فان منها ما يباع بأعلى الاثمان كالفيل والاسد والببر ولا نسلم ان جلد كل منها لا يزداد على قيمة الشاة وجواب الاول يعلم من قوله لا لانه محارب الخ فتأمل

ولان

(ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده) اذ اللحم غير مأكول (لا لانه محارب) كما في بعض السباع والفيل يعلمه أهل الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولا لاجل معنى الايذاء فيه لان الايذاء معنى لا تقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد (ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهرا) وقوله (واذا (٢١) صال السبع على المحرم) أي وثب (فقتله لا شئ عليه وقال زفر يجب الجزاء) عليه (اعتبارا بالجمل) اذا صال على انسان فقتله الانسان فانه يجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه (ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال انا ابتدأناه) علل الاهداء بالابتداء فدل على أن الدافع لا يجب عليه شئ والا لم يبق للتعليل فائدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال وأجيب بان ذلك في خطابات الشرع أما في الروايات فيدل وفيه نظر لان قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لانه في حيز الاستدلال به فلا يفيده والجواب أن الاستدلال انما هو بفعله وقوله رواية فيفيده وقوله (ولان المحرم ممنوع عن التعرض) استدلال بدلالة حديث الفواسق ووجهه أن قتلها أبيح دفعا للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق أولى فكان ماذونا بقتله من الشرع

(قوله وفيه نظر لان قول عمر رضي الله عنه في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع الخ) أقول والجواب أن عدم دلالة التخصيص على نفي الحكم عما عداه انما هو في كلام الله تعالى وكلام نبيه صلى الله عليه وسلم وأما كلام غيرهما فليس كذلك بل بمنزلة الروايات كما يعلم من الاصول وهذا هو مراد المجيب ولا شك في صحته (قوله والجواب أن الاستدلال انما هو بفعله الخ) أقول كيف يستدل بفعله ولا تعلق له بالمدعي

ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهرا (واذا صال السبع على المحرم فقتله لا شئ عليه) وقال زفر يجب الجزاء اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روى عن عمر أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان مأذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق فلان يكون مأذونا في دفع المحقق منه أولى

في حديث جابر ان ما بين السنين في الزكاة من كونه مقدرا بشاتين أو عشرين درهما مع أنه ثابت في الصحيح من كتاب الصديق أن التقدير به كان لانه قدر التفاوت في ذلك الزمان لا أنه تقدير لازم في كل زمان فلا تقولوا مثله في هذا الحديث مع أنه لم يبلغ درجة ذلك الحديث في الصحة وكون ذلك مخلصا من المعارضة التي ذكرناها أولى وقوله في الوجه المعقول (ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ) يعني لانه من هذا الوجه ساقط الجزاء مع أنه يخالف قوله قبله باسطر (وكونه مقصودا بالاخذ ما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) حيث زاد باعثا آخر معارض بعموم قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم أوجب قيمة المقتول مطلقا فتعين قيمة مجرد جلده في بعض المقتول خروج عن مقتضاه مع أن أخذه لم ينحصر في طلب جلده كما ذكره هنا بل قد يكون لغرض أن يصطاد به كما ذكره قبله ومن هذا الوجه تجب قيمته (قوله وقال انا ابتدأناه) هذا غريب لا يعرف وبتقدير ثبوته فانما يفيد عدم الجزاء اذا كان المبتدي السبع بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندهم ولا يمكن استناد عدم الوجوب فيه الى العدم الاصلي لان العدم الاصلي قد نسخ بايجاب الجزاء في الصيد على العموم فما لم يخرجه دليل صحيح فهو داخل في الحكم العام فالاوجه الاستدلال بحديث أبي داود الذي ذكر فيه السبع العادي والوجه الذي ذكره من الاستدلال بدلالة نص قتل الفواسق فانه أباحه لتوهم الاذى له أي للقاتل أولا بناء نوعه فمع تحقق الايذاء له نفسه أولى واذا ثبت الاذن من صاحب الحق سقط الضمان الا أن يقيد الاذن به فما لم يقيد الاذن بالضمان لا يجب فلذا قلنا بوجوب الجزاء اذا اضطر المحرم الى قتل الصيد لما كله عند عدم صياله لتقيد الاذن فيه

أضبط لصاحبه وأقوى أفعل من الملك كان يملكه ويمسكه ولا يحيله الى الآخر كذا في المغرب (قوله ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده) لا لانه محارب مؤذ وهذا لان وجوب الجزاء فيه باعتبار معنى الصيدية لا باعتبار عينه اذ هو غير مأكول وباعتبار معنى الصيدية يكون مرتكبا محظور احرامه فلا يلزمه أكثر من شاة كسائر محظورات الاحرام ووجوب الجزاء في مأكول اللحم باعتبار عينه لانه أفسد لحمه بفعله فتجب قيمته بالغة ما بلغت ولان زيادة القيمة في الفهد والنمر والاسد لما يقصد به من التفاخر بامساكه والتلهي به وذلك لا يتعلق بكونه صيدا أو لانه محارب مؤذ وكل ذلك غير معتبر في حق المحرم فلا يجب الضمان به (قوله اعتبارا بالجمل الصائل) الجمل اذا صال على انسان فقتله المصول عليه تجب قيمته (قوله قال انا ابتدأناه) في هذا التعليل بيان ان الدابة اذا كانت من السبع لا يوجب شيئا لانه لو كان الوجوب ثابتا في الحالين لما حل التخصيص لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة اليه لا يجوز خصوصا بعلة زائدة مفيدة للخصوص فلولا الزيادة لعمت فلما خص وسكت في موضع الحاجة صار بيانا على ان حكم المسكوت عنه بخلاف ما بين ولا يدخل على ما ذكرنا قتل المحرم القمل فانه يوجب الجزاء عليه وان كان يؤذيه لانه انما يضمن بقتلها المعنى قضاء التفث بازالة ما ينمو من بدنه عن نفسه ولهذا اذا وجدها على الطريق فقتلها لا ضمان عليه لانها مؤذية

(ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء حقاله) لسقوطه باذنه فان قيل الاذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء فان المحرم اذا حلق رأسه أو تطيب لعذر فهو ماذون من الشرع ولم يسقط الجزاء فالجواب ما يذكره بعد هذا بقوله (لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه) وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه الآية فكان فائدة الاذن دفع الحرمة لا غير وتقريره أن بقاء الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه غيره لا يقال فليلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الصول ليست كالضرورة في حلق الرأس لان الاولى نادرة والثانية كثيرة (بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد) ونوقض بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من مالكه وأجيب بان العبد مضمون في الاصل بانه آدمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره فاذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة أسقط حقه كما اذا (٢٢) ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك المولى انما كان في ضمن سقوط الاصل وهو نفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد وقوله (وان اضطر المحرم) ظهر معناه مما ذكرناه آنفا وقوله (والمراد بالبط) يعني المذكور في القدوري البط (الذي يكون في المساكن) وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج في البطء ويجوز ذبحه للمحرم والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كأنه سراويل من سرولته اذا ألبسته السراويل وقوله (ونحن نقول الحمام متوحش) تقريره الحمام متوحش (باصل الخلقة ممتنع بطيرانه) وكل ما هو كذلك فهو صيد (والاستئناس عارض) جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض وعورض بان الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار حتى لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما مسرولا ومات قبل أن تدرك ذكاته لم يحل ولو كان صيدا لحل وأجيب بان مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية ألا ترى أن البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار والعجز في الحمام غير موجود لانه يأوي في الليل الى برجه وقوله (وكذا اذا قتل ظبيا) ظاهر قال (واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه (اذا ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له) حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل اليه ذلك الفعل كما في عامة النيابات فصار كأنه هو الذي ولنا

ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقاله بخلاف الجمل الصائل لانه لا أذن من صاحب الحق وهو العبد (وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء) لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل (ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي) لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه ألوف باصل الخلقة (ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء) خلافا لمالك رحمه الله له أنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستئناس عارض فلم يعتبر (وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا) لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير اذا ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم (واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها) وقال الشافعي رحمه الله يحل ماذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه

بالكفارة وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية الآية (قوله بخلاف الجمل الصائل فانه لا اذن من صاحب الحق) فيضمنه له وطولب بالفرق بينه وبين العبد اذا صال بالسيف على انسان فقتله المصول عليه لا يضمنه مع أنه لا اذن أيضا من مالكه أجيب بان العبد مضمون في الاصل حقا لنفسه بالآدمية لا للمولى لانه مكلف كسائر المكلفين من أقرانه ألا ترى أنه لو ارتد أو قتل يقتل واذا كان ضمان نفسه في الاصل له سقط بمبيح جاء من قبله وهو المحاربة ومالية المولى فيه وان كانت متقومة مضمونة له فهي تبع لضمان النفس فيسقط التبع في ضمن سقوط الاصل (قوله مسرولا) بفتح الواو أي في رجليه ريش كأنه سراويل (قوله الحمام متوحش باصل الخلقة) والاستئناس عارض بخلاف البط الذي يكون في الحياض والبيوت فانه ألوف باصل الخلقة (قوله لانه عامل لغيره) يقتضي ظاهرا أن اللام في لغيره

(قوله ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب) أي الاذن المطلق بخلاف المضطر فان الاذن في حقه مقيد بالكفارة بالنص وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وأما الاذن عند الاذى فثابت مطلقا بقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم بلا جزاء فلا يجب الضمان عليه والآية وان وردت في الحلق لكن بمعنى الاضطرار ألحقنا المضطر به دلالة (قوله ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه) أي جنس الحمام متوحش فكان صيدا وان كان نوع منه مستانسا فلا يعتبر العارض (قوله وقال الشافعي رحمه الله يحل ماذبحه المحرم لغيره لانه

(قوله والثانية كثيرة) أقول واذا كان الثاني أكثر كان الى شرع الزاجر أحوج ليمتنع الناس (قال المصنف ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقاله) أقول منقوض بقوله صلى الله عليه وسلم فليكفر وليحنث ويجوز أن يقال ذلك على خلاف القياس (قال المصنف والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض) أقول وأما البط الذي يطير فهو صيد يجب الجزاء بقتله كذا في الكافي فيكونان من جنسين مختلفين والا لشمل الوجود أو العدم

ذبحه ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز له أن يأكله فكذا اذا ذبحه له المحرم فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لانه حينئذ يكون عاملا له واذا كان متعلقا به بقي يحل على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه أو لغيره حرام عليه عنده أيضا قولا واحدا قلت أرى أن يكون قوله لغيره بخدم الفعلين جميعا وتقديره يحل لغيره ماذبحه المحرم لغيره وتخرج نفسه من ذلك لان التقييد في الروايات مقيد بالاتفاق فان قلت تعليله هذا لا يخلو اما أن يكون صحيحا أولا فان كان الثاني لم تتم الدعوى وان كان الاول لزم أن يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل أكله للمحرم ان لم يدل عليه أو يشر اليه قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لا تتقاعد عن الدلالة وان انتقل (٢٣) الفعل الى غيره حكما (ولنا أن الذكاة فعل مشروع) بالاتفاق وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله تعالى لا تقتلوا الصيد سماه قتلا دون الذبح أو الذكاة اشارة الى أنه لا يوجب الحل ونهاهم عنه وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النفي ونوقض بذبح شاة الغير بغير اذنه فانه حرام لا محالة فكان الواجب أن لا يقع ذكاة ولا يحل أكله وليس كذلك والجواب أن المصنف رحمه الله أشار الى الجواب عن هذا بقوله (وهذا لان المشروع) أي من الذبح (هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا) وبيانه أن الدم نجس للحيوان فلابد من تمييزه عن اللحم ليصلح للاكل وذلك أمر متعسر خفي وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فاقيم الذبح مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا والذبح الذى قام مقامه معدوم ههنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقم ههنا حيث أخرج الصيد عن المحلية بالنسخ يعني بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما كما قال حرمت عليكم أمهاتكم فاخرجهن عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة الغير بغير أمره فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الاصول

ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه

يتعلق بذبحه لا بيحل ولفظ المبسوط وقال الشافعي لا يحل للمحرم القاتل ويحل لغيره من الناس يقتضي تعلقه بيحل وهو الحق عن الشافعي وهو أحد قوليه ويمكن توجيه التعليل على هذا الاعتبار بانه لما لم يحل للقاتل وحل لغيره لم ينزله الشرع عاملا لنفسه بل لغيره فصار عاملا لغيره شرعا وان لم يقصد هو ذلك فانتقل فعله اليهم فحل لهم سواء ذبح لاجلهم أو لنفسه (قوله وهذا لان المشروع الخ) حاصله اثبات الملازمة بين المشروعية والاقامة مقام الميز ثم نفي الثاني فينتفي الاول أعني المشروعية وهو المفاد بقوله فينعدم المشروع لانعدامه أي لانعدام الفعل الذى أقيم ونحن الى غير هذا الكلام أحوج في اثبات المطلوب فان حاصل هذا اثبات المقدمة القائلة وهذا فعل حرام وهي ان كانت من المسلمات بيننا وبين الشافعي لم يحتج اليه وان كانت ممنوعة عنده لا ينتهض المذكور مثبتا لها عليه فانه اذا منع الحرمة منع عدم الاقامة مقام الميز لكنها مسلمة ونحن نحتاج بعد تسليم حرمة الفعل الى أمر زائد فان مجرد حرمته لا يوجب حرمة اللحم مطلقا كما لو ذبح شاة الغير لا باذنه لا يصير لها حكم الميتة مع حرمة الفعل فيقال وهذا فعل حسي محرم فيكون ذلك لقبح اعتبر في عينه على ما هو الاصل عندنا في اضافة التحريم الى الافعال الحسية أنه يضاف القبح الى عينها لعدم المانع بخلاف الشرعية الا أن يقوم دليل على خلاف ذلك كما في ذبح شاة الغير ونعني بثبوت القبح لذاته مع أنه انما ذبح لغرض صحيح هو أن يأكله كون الشرع اعتبره قبيحا لعينه لانه جعله عبثا حيث أخرج الذابح عن الاهلية والمذبوح عن المحلية فصار فعلا في غير محله فكان عبثا باعتبار الشارع كما لو اشتغل عاقل بذبح حجر ونحوه فانه يعد جنونا أو سخرية بخلاف شاة الغير فانه لم يثبت اخراجها عن محلية الذبح شرعا للاجنبي واخراجه عن

عامل له فانتقل فعله اليه) وهكذا ذكر في الايضاح وما ذكر في المبسوط يدل على انه لا فرق عنده بين ما اذا ذبح المحرم لنفسه أو لغيره حيث قال لا يحل تناول ماذبحه المحرم لاحد من الناس وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يحل للمحرم القاتل تناوله ويحل لغيره من الناس، وفي الوجيز للغزالي وماذبحه المحرم بنفسه فاكله حرام عليه وهل هي ميتة في حق غيره فيه قولان وفي المبسوط وحجته في ذلك ان معنى الذكاة في تسييل الدم النجس من الحيوان وشرط الحل التسمية ندبا أو واجبا على اختلاف الاصلين وذلك يتحقق من المحرم كما يتحقق من الحلال الا ان الشارع حرم التناول على المحرم القاتل بطريق العقوبة ليكون زجراله وهذا لا يدل على حرمة التناول في غيره كما يجعل المقتول ظالما حيا في حق القاتل حتى لا يرثه وهو ميت في حق غيره وحجتنا في ذلك قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم سماه قتلا فعرفنا ان هذا الفعل غير موجب للحل أصلا (قوله وهذا)

(قوله فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره) أقول فان قيل مقتضى هذا التعليل أن لا يحل لغيره اذا كان ذلك الغير محرما لانه لما انتقل فعل الذابح اليه كان ذابحا وذبيحة المحرم تحرم عليه قلنا ذلك أمر حكمي لم تقع منه مباشرة حقيقة فلا يكون سببا للحرمة عليه (قوله وذلك لان التعليل انما يستقيم الخ) أقول ممنوع بل اذا تعلق بيحل يستقيم أيضا وكونه عاملا له انما هو في حكم الشرع فانه لما حرم عليه لم يجعله الشرع عاملا لنفسه بل لغيره فتامل (قوله حرام عليه عنده أيضا قولا واحدا) أقول ممنوع بل اذا حل من الاحرام يحل له أيضا عنده صرح به الزيلعي (قوله ونهاهم عنه الى قوله بمعنى النفي) أقول اذ النهي في الافعال الحسية بمعنى النفي كما حقق في علم الاصول

(فان أكل المحرم الذابح من ذلك شيأ فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا ليس عليه جزاء ما أكل وان أكل منه محرم آخر فلا شئ عليه في قولهم جميعا) لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها الا الاستغفار وصار كما اذا أكله محرم غيره ولابي حنيفة رحمه الله أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار أنه محظور احرامه لان احرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول

الاهلية بالنسبة اليها فلم يعد مشروعا واذا صار ذبح المحرم غير مشروع صار قبيحا لعينه فلا يفيد حكم الحل فيما كان محرم الاكل أعني الصيد قبل ذبحه بقي دليل الاخراجين وذلك أن قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما يفيدهما وقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم يفيد اخراج المحرم عن أهلية الذبح فقط وهذا لان الاول أضاف التحريم الى العين وهي تفيد المبالغة فان الاصل أن تضاف الاحكام الى أفعال المكلفين فاذا أضيفت الى العين كان اخراجاله عن محلية الفعل الذي هو متعلق الحرمة بالاصالة فانه جعل نفس هذا العين حراما ونفس الحرام لا يقترب منه فكان منعا عن الاقتراب منه نفسه وهذا اخراجه عن المحلية ولو قلنا ان اضافته الى العين يجب أن تكون مجازا عقليا لم يضرنا اذ العدول عن اضافته الى الفعل الى اضافته الى نفس العين سببه ما قلنا وأفاد الثاني أن التحريم بمعنى من جهة الذابح وهو الاحرام فأوجب اخراجه عن الاهلية والاحرام هو السبب في الامرين معا على التحقيق فلذا قال في المسئلة التي تلي هذه لان الاحرام هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية (قوله فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) يعني سواء أدى ضمان المذبوح قبل الاكل أولا غيرأنه ان أدى قبله ضمن ما أكل على حدته بالغا ما بلغ وان كان أكل قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شئ بانفراده وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي لا رواية في هذه المسئلة فيجوز أن يقال يلزمه جزاء آخر ويجوز أن يقال يتداخلان وسواء تولى صيده بنفسه أو أمر غيره أو أرسل كلبه ولا فرق بين أن يأكل المحرم أو يطعم كلابه في لزوم قيمة ما أطعم لانه انتفع بمحظور احرامه (قوله فصارت حرمة التناول الخ) يعني أن حرمة التناول بواسطة أنه ميتة وكونه ميتة بواسطة خروجه عن الاهلية والصيد عن المحلية وثبوتهما معا بواسطة الاحرام فكان الاكل من محظورات احرامه بواسطة وسبب السبب سبب خصوصا وهذه حرمة يحتاط في اثباتها لما تقدم من شرع الكفارة مع العذر فيجب به الجزاء وبهذا التعليل استغنى الشيخ عن ايراد الفرق بين هذا وبين ما لو أكل الحلال من لحم ذبحه من صيد الحرم بعد أداء قيمته لان الاكل ليس من محظورات الحرم بل تفويت الامن الذي استحقه بحلوله في الحرم فقط وقد ضمنه اذ فوته فكان حرمته لكونه ميتة فقط وعن هذا ما في خزانة الاكمل لو شوى المحرم بيض صيد فعليه جزاؤه وللحلال أكله ويكره بيعه قبل ذلك فان باعه جاز ويجعل ثمنه في الفداء ان شاء وكذا شجر الحرم واللبن وكذا الو شوى جرادا أو بيضا ضمنه ثم ان أكله لا جزاء عليه ولا يحرم بخلاف الصيد

لان المشروع هو الذي قام مقام المميز بدليل انه لو ذبح المسلم الحلال ولم يخرج من المذبوح دم أصلا يحل أكله وان ذبح المجوسي لا يحل أكله وان خرج منه الدم فعلم ان المعتبر هو الفعل المشروع القائم مقام المميز فينعدم المميز بانعدامه فان قيل يشكل على هذا ذبح شاة الغير بغير اذنه فانه حرام محض حتى انه لو اضطر المسلم بين أكل الميتة وأكل مال الغير كان عليه أن يأكل الميتة لا مال الغير كذا في المحيط قلنا النهي عن الذبح اذا كان لمعنى في الذابح أو المذبوح كان ذلك نهيا لمعنى في عين الفعل فكان مانعا من ان يكون المنهي عنه مشروعا واذا كان المنع بالنهي لمعنى بالثالث وهو المالك كان النهي لمعنى في غيره فلم يصر عين الذبح حراما بل الحرمة هنا كانت لصيانة حق المالك حتى زالت تلك الحرمة باذنه فكان مشروعا في نفسه (قوله وان أكل المحرم الذابح من ذلك شيأ فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا ليس عليه جزاء ما أكل يريد به اذا أكل بعد ما أدى جزاء أما اذا أكل قبل ان يؤدي جزاء دخل ضمان ما أكل في الجزاء (قوله

بهذه

وقوله (فان أكل المحرم الذابح من ذلك شيأ فعليه قيمته عند أبي حنيفة) قال الامام التمرتاشي اذا أكل بعد ما أدى الجزاء وأما اذا أكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما أكل في الجزاء وقوله (وقالا) ظاهر وقوله (فصارت حرمة التناول

بهذه الوسائط مضافة الى احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه (ولا بأس بان يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده) خلافا لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله صلى الله عليه وسلم لا بأس بأكل المحرم لحم صيد مالم يصده أو يصاد له ولنا ما روي أن الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس به

(قوله خلافا لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم) يعني بغير أمره أما اذا اصطاد الحلال لمحرم صيدا بامره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوي تحريمه على المحرم وقال الجرجاني لا يحرم قال القدوري هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي * (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام) الحديث على ما في أبي داود والترمذي والنسائي عن جابر لحم الصيد حلال لكم وأنتم حرم مالم تصيدوه أو يصاد لكم هكذا بالالف في يصاد فعارضه المصنف ثم أوله دفعا للمعارضة أما المعارضة فيما روى محمد بن الحسن اخبرنا أبو حنيفة عن محمد بن المنكدر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله قال تذاكرنا لحم الصيد يأكله المحرم والنبي صلى الله عليه وسلم نائم فارتفعت أصواتنا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فيم تتنازعون فقلنا في لحم الصيد أيأكله المحرم فأمرنا بأكله أخرجه في الآثار وروى الحافظ أبو عبد الله الحسين بن خسرو البلخي في مسند أبي حنيفة عن أبي حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده الزبير بن العوام قال كنا نحمل الصيد صفيفا وكنا نتزوده ونأكله ونحن محرمون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واختصره مالك في موطئه وأما التأويل فبوجهين كون اللام للملك والمعنى أن يصاد ويجعل له فيكون تمليك عين الصيد من المحرم وهو ممتنع أن يتملكه فيأكل من لحمه

بهذه الوسائط) وهذا لان المحل انما صار ميتة بحرمة قتله وحرمة قتله بسبب خروج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية وذلك بسبب الاحرام فاستندت حرمة تناول هذه الميتة الى احرامه بهذه الوسائط فجاز اضافة حرمة أكل هذه الميتة الى الاحرام لان الحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة كما قلنا في شراء القريب انه اعتاق لان الشراء علة الملك والملك في القريب علة العتق فاضيف الاعتاق الى الشراء بواسطة الملك بخلاف تناول ميتة لا بقتله لان حرمة تناول تلك الميتة عليه لدينه لا لاحرامه وبخلاف محرم آخر غير القاتل لان حرمة تناوله ليس من محظورات احرام الآكل بل من محظورات احرام القاتل لجعل الصيد المقتول حيا في حق القاتل فتناوله يوجب الضمان وهو لحم في حق غيره وليس بصيد حقيقة ولا حكما فلا يوجب الضمان ولا يقال ان الحلال اذا ذبح صيدا في الحرم فادى جزاءه ثم أكل منه لا يلزمه شئ آخر وكذلك المحرم اذا كسر بيض صيد فادى جزاءه ثم شواه وأكله لا يلزمه شئ آخر لانا نقول ان وجوب الجزاء هناك باعتبار الامن الثابت بسبب الحرم وذلك للصيد لا للحم وكذلك البيض وجوب الجزاء فيه باعتبار انه أصل الصيد وبعد الكسر انعدم هذا المعنى يقرره ان المقتول بغير حق في حق القاتل كالحي من وجه حتى لا يرث منه وكالميت من وجه حتى تعتق أم ولده بان قتلت مولاها ففيما يبتنى أمره على الاحتياط جعلناه كالحي في حق القاتل وهو جزاء الاحرام فيلزمه بالتناول جزاء آخر وأما جزاء صيد الحرم فغير مبني على الاحتياط في الايجاب لانه ليس فيه معنى العبادة ولهذا لا مدخل للصوم فيه فلذلك اعتبرنا فيه معنى الغرامة فلا يجب فيه الجزاء كذا في المبسوط (قوله مالم يصد أو يصاد له) قال مولانا حميد الدين رحمه الله الصحيح عندي بالنصب وأو ههنا بمعنى

بهذه الوسائط) يريد أن حرمة التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الاهلية وذلك باعتبار الاحرام فكانت الحرمة (مضافة الى الاحرام) بهذه الوسائط فكان متناولا لمحظور احرامه فيجب عليه الجزاء وظهر من هذا الجواب عما اذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فادى جزاءه ثم أكل منه فانه لا يلزمه شئ آخر لانه لم يتناول محظور احرامه وانما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر فان استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فادى جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شئ آخر أجيب بان وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه أصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله (فيما اذا اصطاده لاجل المحرم) يعني أن ينوي أن يكون الاصطياد له سواء أمره بذلك أو لم يامره وقوله (تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم) يريد به ما روي عن طلحة أنه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت أصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نائم في حجرته فقال فيم أنتم فذكرنا ذلك له (فقال عليه الصلاة والسلام لا بأس به

(قوله أجيب بان وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته الخ) أقول توضيحه أنه لا مجال في البيض أن يجعل ميتة اذ ليس محلا للذبح حتى يجري فيه ما قيل في ذبيحة المحرم (قال المصنف له قوله صلى الله عليه وسلم لا بأس بان يأكل المحرم لحم صيد مالم يصده أو يصاد له) أقول قال الفاضل الطيبي في المشكاة فيه اشكال لان الظاهر يقتضي الجزم وغاية ما يتكلف فيه أن يقال انه عطف على المعنى فانه لو قيل مالا تصيدونه أو يصاد لكم لكان ظاهرا فيقدر هذا المعنى اه (قوله وقوله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم الخ) أقول وفي فتح القدير يعني بغير أمره أما اذا اصطاد الحلال لمحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوي تحريمه على المحرم وقال الجرجاني لا يحرم قال القدوري هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي اه (قوله سواء أمره بذلك) أقول فيه بحث فانه على الوفاق لا على الخلاف كما يدل عليه كلام المصنف

وقوله (واللام فيما روى) يعني ما كان من قوله أو يصاد له (لام تمليك فيحمل على أن يهدى اليه الصيد دون اللحم) وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اذا أهدى الصيد الى المحرم لا فيما اذا أهدى اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم وبه نقول لانه ثبت أن الصعب بن جثامة الليثي أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا أنا حرم (أو يكون معنى أو يصاد له يصاد بامره) واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع أو يصاد وحينئذ لا تمسك له بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا صاد غيره لاجله لانه صار معطوفا على المغيا لا على الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن أبي داود والترمذي والنسائي بالالف هكذا وانما يصح له التمسك به على ما روى أو يصد له ليصير معطوفا على الغاية وهي ضعيفة وقوله (قالوا) أي المشايخ (فيه) أي في شرط عدم الدلالة لاباحة الاكل (روايتان) في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني قال (وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال) اذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه (قيمته يتصدق بها على الفقراء) لما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد كما استحق الامن بسبب الحرم فكذلك استحقه بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي أن حرمة الاحرام أقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف (٢٦)

والالام فيما روى لام تمليك فيحمل على أن يهدى اليه الصيد دون اللحم أو معناه أن يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث أبي قتادة رضي الله تعالى عنه وقد ذكرناه (وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء) لان الصيد استحق الأمن

والحل على أن المراد أن يصاد بامره وهذا لان الغالب في عمل الانسان لغيره أن يكون بطلب منه فليكن محمله هذا دفعا للمعارضة وقد يقال القواعد تقتضي أن لا يحكم هنا بالمعارضة والترجيح لان قول طلحة فأمرنا باكله مقيد عندنا بما اذا لم يدله المحرم ولا أمره بقتله على ما هو المختار للمصنف اهمالا لحديث أبي قتادة فيجب تخصيصه بما اذا لم يصد للمحرم بالحديث الآخر لدخول الظنية في دلالته وحديث الزبير حاصله نقل وقائع أحوال لا عموم لها فيجوز كون ما كانوا يحملونه من لحوم الصيد للتزود مما لم يصد لاجل المحرمين بل هو الظاهر لانهم يتزودونه من الحضر ظاهرا والاحرام بعد الخروج الى الميقات فالاولى به الاستدلال على أصل المطلوب بحديث أبي قتادة على وجه المعارضة على ما في الصحيحين فانهم لما سألوه عليه السلام لم يجب بحله لهم حتى سألهم عن موانع الحل أكانت موجودة أم لا فقال صلى الله عليه وسلم أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها قالوا لا قال فكلوا اذا فلو كان من الموانع أن يصاد لهم لنظمه في سلك ما يسئل عنه منها في التفحص عن الموانع ليجيب بالحكم عند خلوه عنها وهذا المعنى كالصريح في نفي كون الاصطياد للمحرم مانعا فيعارض حديث جابر و يقدم عليه لقوة ثبوته اذ هو في الصحيحين وغيرهما من الكتب الستة بخلاف ذلك بل قيل في حديث جابر لحم الصيد الخ انقطاع لان المطلب بن حنطب لم يسمع من جابر عند غير واحد وكذا في رجاله من فيه لين وبعد ثبوت ما ذهبنا اليه بما ذكرنا يقوم دليل على ما ذكره المصنف من التأويل هذا ويعارض الكل حديث الصعب بن جثامة في مسلم أنه أهدى للنبي صلى الله عليه وسلم لحم حمار وفي لفظ رجل حمار وفي لفظ عجز حمار وفي لفظ شق حمار فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا أنا حرم فانه يقتضي حرمة أكل المحرم لحم الصيد مطلقا سواء صيد له أو بأمره أولا وهو مذهب نقل عن جماعة من السلف منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومذهبنا مذهب عمر وأبي هريرة وطلحة بن عبد الله وعائشة رضي الله عنهم أخرج عنهم ذلك الطحاوي رحمه الله وقول الشافعي رحمه الله حديث مالك وهو أنه أهدى له حمارا

الى أي لا باس الى ان يصاد له وحكم ما بعد الغاية يخالف حكم ما قبلها فيستقيم له التمسك به حينئذ لانه صار تقديره يحل للمحرم أكل لحم الصيود اذا لم يصد بنفسه حتى يصير ممدودا الى اصطياد الغير لاجله فيكون الحل منتفيا عند اصطياد غيره لاجله ومعنى الاصطياد له ان ينوي الصائد ان يكون الاصطياد للمحرم سواء أمره بذلك أو لم يامره كذا في المبسوط (قوله وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال) قيد بالحلال لان المحرم اذا قتل صيد الحرم يلزمه كفارة واحدة لاجل الاحرام ولم يجب عليه شئ لاجل الحرم في جواب الاستحسان لان

(قوله واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع الى قوله لانه صار معطوفا على المغيا لا على الغاية) أقول فينبغي أن يكون منصوبا بالا أن يقال هو معطوف على أن مع الفعل فلما حذف أن في المعطوف رفع كما في ألا أيهذا الزاجري أحضر الوغى * أو يقال قد تهمل أن الناصبة حملا على أختها ما المصدرية كما في قراءة ابن محيصن لمن أراد أن يتم الرضاعة وقول الشاعر أن تقرآن على أسماء ويحكما * مني السلام وأن لا تشعرا أحدا على ما هو قول البصريين نص عليه ابن هشام في مغني اللبيب لكن الخصم يقول هو عطف على العجز وممع على المعنى (قوله قلت وجوب الكفارتين وجه القياس الى آخر قوله فاستتبع الاقوى الاضعف) أقول في قوله وجه القياس بحث والوجه جواب القياس

بسبب الحرم

أثبت من حديث من قال انه أهدى له من لحم حمار يعني فيكون رده امتناع تملك المحرم الصيد منع بان الروايات كلها على ما ذكرنا أول الحديث تدل عن البعضية ولا تعارض بين رجل حمار وعجزه وشقه على ما لا يخفى اذ يندفع بارادة رجل معها الفخذ وبعض جانب الذبيحة فوجب حمل رواية أهدى حمارا على انه من اطلاق اسم الكل على البعض لما ذكرنا وتعينه لامتناع عكسه اذ اطلاق الرجل على كل الحيوان غير معهود لا يطلق على زيد اصبع ونحوه ولانه غير جائز لما عرف من أن شرط اطلاق اسم البعض على الكل التلازم كالرقبة على الانسان والرأس فانه لا انسان دونهما بخلاف نحو الرجل والظفر وأما اطلاق العين على الربيئة فليس من حيث هو انسان بل من حيث هو رقيب وهو من هذه الحيثية لا يتحقق بلا عين على ما عرف في التحقيقات أو هو أحد معاني المشترك اللفظي كما عده لا كثر منها ثم ان في هذا الحمل ترجيحا لا كثر أو نحكم بغلط تلك الرواية بناء على أن الراوي رجع عنها تبينا الغلطه قال الحميدي كان سفيان يقول في الحديث أهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حمار وحش وربما قال يقطر دما وربما لم يقل ذلك وكان فيما خلا قال حمار وحش ثم صار الى لحم حتى مات وهذا يدل على رجوعه وثباته على ما رجع اليه والظاهر انه لتبينه غلطه أولا قال الشافعي رحمه الله وان كان أهدى له لحما فقد يحتمل أن يكون علم أنه صيد له فرده عليه اه فان قيل ان التعليل ما وقع الا بالاحرام فلو كان كما ذكره الشافعي رحمه الله لقال بانك صدته لاجلي قلنا كلام الشافعي رحمه الله يتضمن ذلك يعني علم أنه قد صيد لاجله وهو محرم فرده عليه معللا بالاحرام بسبب أنه يمنع من أكل ما صيد للمحرم وبه يقع الجمع بين حديث الصعب وحديثي أبي قتادة وجابر السابق على رأي من يقول يحرم على المحرم ما صيد لاجله أما على رأينا وهو اباحته بغير هذا الشرط فلا يقع الجمع بينه وبين حديث أبي قتادة فانا قلنا انه يفيد عدم اشتراط أن لا يصاد لاجله على ما ذكرنا فاذا حمل حديث الصعب على أنه علم أنه صيد لاجله تعارضا فانما يصار الى الترجيح فيترجح حديث أبي قتادة بعدم اضطرابه أصلا بخلاف حديث الصعب فانه قال في بعض رواياته انه عليه الصلاة والسلام أكل منه رواه يحيى بن سعيد عن جعفر عن عمرو بن أمية الضمري عن أبيه أن الصعب بن جثامة أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم عجز حمار وهو بالجحفة فأكل منه وأكل القوم وما قيل هذه رواية منكرة فان في جميع الروايات أنه لم يأكل منها الا في هذه الرواية أحسن منه أن يجمع بعد ثبوت صحة هذه الرواية بان الذي تعرضت له تلك الروايات ليس سوى أنه رده وعلل بالاحرام ثم سكت الكل على هذا القدر فمن الجائز ان يكون لما رده معللا بذلك بناء على ظن أنه صيد لاجله ذكر له أنه لم يصده لاجله فقبله بعد الرد وأكل منه وهذا جمع على قول من يشترط عدم الاصطياد لاجله وعلى قول الكل ما قال البيهقي بعد ما ذكر الرواية التي ذكرناها قال وهذا اسناد صحيح فان كان محفوظا فكأنه رد الحي وقبل اللحم اه الا أن هذا جمع بانشاء اشكال آخر وهو رد رواية أنه رد اللحم وهي بعد صحتها ثبت عليها الراوي ورجع عما سواها على ما قدمناه الا أن يدعى أنه عبر بالبعض عن الكل في رواية رد اللحم وفيه ما قدمناه وعلى كل حال ففي هذا الحديث اضطراب ليس مثله في حديث أبي قتادة فكان هو أولى فان قيل ان حديث أبي قتادة كان سنة ست في عمرة الحديبية وحديث الصعب كان في حجة الوداع فيكون ناسخا لما قبله قلنا أما أن حديث الصعب كان في حجة الوداع فلم يثبت عندنا وانما ذكره الطبري وبعضهم ولم نعلم لهم فيه ثبتا صحيحا وأما حديث أبي قتادة فانه وقع في مسند عبد الرزاق عنه قال انطلقنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية فاحرم أصحابه ولم أحرم فساق الحديث ففي الصحيحين عنه خلاف ذلك وهو ما روي عنه أن النبي عليه السلام خرج حاجا فخرجوا معه فصرف طائفة منهم أبو قتادة وقال لهم خذوا ساحل البحر حتى نلتقي الحديث

معنى تفويت الامن اذا اعتبر مرة لايجاب الضمان لا يمكن اعتباره ثانيا لايجاب ضمان وانما أوجبنا ضمان الاحرام لان فيه معنى الجزاء وضمان الحل وضمان الحرم لا يشتمل على معنى ضمان الاحرام فكان

قال صلى الله عليه وسلم فى حديث فيه طول ولا ينفر صيدها (ولا يجزيه الصوم) لانه غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف فى المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه

ومعلوم أنه عليه السلام لم يحج بعد الهجرة الا حجة الوداع فكان بالتقديم أولى ومما يدل على ما ذهبنا اليه حديث البهزى أخرج الطحاوى عن عمير بن سلمة الضمرى قال بينما نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ببعض أفناء الروحاء وهو محرم اذا حمار معقور فيه سهم قد مات فقال عليه السلام دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه فجاء رجل من بهز هو الذى عقر الحمار فقال يا رسول الله هو رميتى فشأنكم به فامر النبى عليه السلام أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق وهم محرمون وجه الاستدلال أن ترك الاستفصال فى وقائع الاحوال ينزل منزلة العموم فى المقال (قوله قال صلى الله عليه وسلم) روى الستة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال لما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم مكة قام النبى صلى الله عليه وسلم فيهم فحمد الله عز وجل وأثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما أحلت لى ساعة من النهار ثم بقيت حرمتها الى يوم القيامة لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا تحل ساقطتها فقال العباس الا الاذخر فانه لقبورنا وبيوتنا فقال عليه السلام الا الاذخر والخلا بالمعجمة مقصورا الحشيش اذا كان رطبا واختلاؤه قطعه (قوله والواجب على المحرم الخ) حاصل ما هنا ان حرمة القتل ثابتة فى الصورتين غير أن سببها فى الاحرام وجوب الجرى على موجبه فانه عبارة عن الدخول فى حرمة عبادة الحج أو العمرة بالتزام ما يمتنع منه حال التلبس بها كالدخول فى حرمة الصلاة ومنه عدم التعرض للصيد فكان حكمة منعه والله سبحانه أعلم كونه يهيج النفس الى حالة تنافى حالة الاحرام التى هى التصور بصورة الموت والفاقة فان فيه ضراوة وحالة الاحرام ضراعة قد ظهر أثرها أكثر من ظهوره فى سائر العبادات ألا ترى الى كشف الرأس والتلفف بثياب الموت فاذا قتله فقد جنى على العبادة حيث لم يجر على موجبها وجبر العبادة المحضة بعبادة محضة فدخله الصوم وأما فى الحرم فسببها ابقاء أمنه الحاصل له شرعا بسبب الايواء الى حمى الله تعالى فاذا فوته وجب الجزاء لتفويت ذلك الوصف الكائن فى المحل لا لجناية على عبادة تلبس بها والتزمها بعقد خاص بارتكاب محظورها فلا يدخل الصوم فيه كتفويت أمن كائن لمملوك رجل فى ماله لاستهلاكه لا يكون بصوم ونحوه بل جبر الامن الفائت باثبات أمن للفقير عن بعض الحاجات أنسب لانه من جنس المجبور وعلى وفق هذا وقع فى الشرع الآن مستحق هذا الضمان هو الله سبحانه فتجاذبه أصلان شبه الغرامات اللازمة لتفويت المحال وكونه حقا من حقوق الله تعالى فرتبنا على كل وجه مقتضاه محتاطين فى الترتيب المذكور فقلنا لا يدخله الصوم نظرا الى أنه ضمان محل ولا ضمان على الصبى لو قتل صيد الحرم ولو قتل الصيد حلال فى يد حلال صاده من الحرم وجب على كل واحد منهما ضمان كامل لتفويت كل الامن الواحد الثابت للصيد أحدهما بالاخذ والثانى بالقتل بعد ما كان بعرضية أن يطلقه وفى مثلهما من ضمان المتلفات قيمة واحدة على الآخذ واتفقوا هنا على رجوع الآخذ على القاتل أما على قول أبى حنيفة فظاهر لانه فى الاحرام يقول يرجع الآخذ على القاتل مع جنايته ليس ضمان محل فهنا أولى وهما منعا الرجوع هنالك وأثبتاه هنا لانه ضمان محل من وجه وفى ضمان المحل يرجع على من يقرر

ايجاب ما هو مشتمل على المعنيين أولى (قوله وهو الامن) وهذا لانه لما أزال الامن عن محل آمن لحق الله تعالى فيلزمه بمقابلته اثبات صفة الامن عن الجوع للمسكين حقا لله تعالى وذلك بالاطعام وهذا لان ما يكون حرمته بسبب الحرم فهو بمنزلة حقوق العباد والواجب على المحرم كفارة لما ارتكب فعلا محرما حقا لله تعالى وجب جزاء لفعله وهو جنايته على احرامه والصوم يصلح جزاء للافعال ولا يصلح لضمان المحال وان كان وجوبها لحق الله تعالى كاتلاف الزكاة فان قيل لو كان جزاء صيد الحرم من قبيل الغرامة ومن

وقوله (ولا يجزيه الصوم) فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم فى جواز الصوم فى الاول دون الثانى بما حاصله أن الواجب على المحرم جزاء فعله ولهذا تعدد اذا قتل المحرمان صيدا واحدا وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز أن يقع جزاء الفعل لا بدل المحل فان قلت هذا يناقض ما ذكرت آنفا انه يؤدى فى ضمن أداء جزاء الاحرام اذا قتل المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يؤدى فى ضمن أداء جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب أن ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما تكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى وما ذكرتم ليس كذلك لان ما وجب فيه بازاء الفعل لله تعالى وما وجب بازاء المحل وجب للعبد ولا يمكن أن يقضى بما لله ما للعبد لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبى والمجنون والكافر اذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك وأجيب بانه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى ان حلالا ان أصاب صيد الحرم فقتله فى يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لما أن كل واحد منهما متلف من جهة أحدهما بالاخذ المفوت للامن والثانى بالاتلاف حقيقة فلم يلزم على من ذكرتم نظرا الى الجزاء

وهل

وهل يجزيه الهدى ففيه روايتان (ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه اذا كان فى يده) خلافا للشافعى رحمه الله فانه يقول حق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد لحاجة العبد

الضمان واذا تأملت رأيت خصوص الاعتبار فى كل مسئلة من هذه بجهة دون الجهة الاخرى لانه اللائق فيها فتأمل مستعينا بالله تعالى ترشد ان شاء الله تعالى ثم يدخل جزاء صيد الحرم فى جزاء صيد الاحرام فلو قتل محرم صيد الحرم وجب عليه جزاء واحد على وفق جزائه للاحرام خاصة وتحقيق هذا المقام أن الثابت هنا حق واحد لله تعالى بسبب ارتكابه حرمة واحدة وذلك لان المتحقق أن الله تعالى حرم قتله ووضع لهذه الحرمة سببين حلوله فى الحرم ووجود الاحرام فايهما وجد استقل باثارة الحرمة فاذا وجدا معا وهو الاحرام فى الحرم لم يتحقق سوى تلك الحرمة وثبوت الامن انما هو عن هذه الحرمة وعلمت أنها حرمة واحدة فههنا أمر واحد عن حرمة واحدة فوتت غير أن الله تعالى رتب على انتهاك الحرمة الكائن بالقتل حال كونها عن سبب الاحرام جزاء يدخله الصوم ودل النظر السابق حال كونها عن حلول الصيد فى الحرم على وجوب جزاء لا يدخله فاذا ثبتت الحرمة عن السببين جميعا بان كان محرما فى الحرم ثم انتهكت بالقتل فيه تعذر فى الجزاء اللازم اعتباره فى الوجهين جميعا فلزم اعتباره على أحدهما فرأينا اعتباره على الوجه الذى اعتبره صاحب الشرع وهو ما اذا كان القتل مع الاحرام هو الوجه لانه أقوى السببين فقلنا بذلك وانما كان أقوى لان كونه سببا للضمان منصوص عليه بالنص القطعى قال تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم بخلاف الكون فى الحرم فان النصوص انما أفادت سببيته لحرمة التعرض ولم يصرح بلزوم الجزاء ذلك التصريح فظهر العلماء على أنه تفويت أمن مستحق كالقتل فى الاحرام فوجب الضمان على ذلك الوجه أعنى على وجه لا يدخل فيه الصوم وعليه ترديد نورده فى جناية القارن والله سبحانه أعلم (قوله وهل يجزيه الهدى فيه روايتان) فى رواية لا فلا يتأدى بالاراقة بل لا بد من التصدق بلحمه بعد أن تكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد لا اذا كان دونه ولذا لو سرق المذبوح وجب أن يقيم غيره مقامه لانه لا مدخل للاراقة فى غرامات الاموال وفى أخرى يتأدى فتكون الاحكام المذكورة على عكسها وانما يشترط كون قيمة الهدى قبل الذبح قيمة المقتول لان الحق لله تعالى والهدى مال يجعل لله تعالى واراقة الدم طريق صالح شرعا لجعل المال له خالصا كالتصدق ألا ترى أن المضحى يجعل الاضحية خالصة له سبحانه باراقة دمها (قوله ومن دخل الحرم بصيد) أى وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعى رحمه الله فانه لو كان محرما وجب ارساله بمجرد الاحرام اتفاقا (قوله خلافا للشافعى) قاسه على الاسترقاق فان الاسلام يمنعه حقا لله تعالى ولا يرفعه حتى اذا ثبت حال الكفر ثم طرأ الاسلام لا يرتفع علم من هذا أن حق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد بعد تقرر ملكه بطريقه تفضلا من الله تعالى لحاجة العبد وغناه وهذا كذلك وهذا ما ذكره المصنف وحاصله تقرير الجامع وترك المقيس عليه وتلخيصه مملوك للعبد بطريق صحيح فلا يظهر فيه حق الشرع وان كان يمنعه فى هذه الحالة اذا لم يكن تحقق كالاسترقاق ولك فى اعتبار القياس أن تجعله ملك الصيد على الاسترقاق أو الصيد المملوك على المرقوق

قبيل ما يشبه ضمان أموال الناس لوجب على الصبى والمجنون والكافر غرامته اذا استهلكوا كما فى أموال الناس وقد نص فى الايضاح على انه لا يجب عليهم قلنا هذا الضمان وان كان ضمان المحل من حيث انه يتعلق بتفويت المحل ولكن فيه معنى الجزاء أيضا حتى ان حلالا لو أصاب صيد الحرم فقتله فى يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لما ان كل واحد منهما متلف بجهة أحدهما بالاخذ المفوت للامن وذلك فى معنى الاستهلاك والثانى بالاتلاف حقيقة فكان كمال الضمان على كل واحد منهما لمعنى آخر بخلاف المغصوب اذا أتلفه متلف فى يد الغاصب حيث يجب ضمان واحد لانه عوض عن المحل لا غير ثم يرجع الآخذ على القاتل هنا بما ضمن (قوله ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان فى يده) أى حقيقة حتى اذا كان فى رحله أو قفصه لا يجب عليه الارسال (قوله خلافا للشافعى رحمه الله) فانه يقول حق الشرع

(وهل يجزئه الهدى فيه روايتان) احداهما أن الواجب لا يتأدى باراقة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط أن تكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد وان سرق المذبوح عاد الواجب كما كان والاخرى أنه يتأدى بها اذا كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يبق عليه شئ لان الهدى مال يجعل لله تعالى واراقة الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق ألا ترى أن المضحى يجعل الاضحية لله خالصة باراقة دمها فكذلك بالهدى وقوله (ومن دخل الحرم بصيد) قال فى النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعى رحمه الله فان فى المحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول الحرم فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعى رحمه الله الصيد الذى فى يده مملوكه وحق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد

(قال المصنف خلافا للشافعى فانه يقول حق الشرع الخ) أقول ولا ينتقض ما ذكره الشافعى بالمحرم فان عليه أن يرسل الصيد عنده كما يجىء بعد سطرين لان ذلك لالتزامه باحرامه أن لا يتعرض للصيد لا لحق الشرع بمجرده فتأمل

ولنا أنه لما حصل فى الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا (فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما) لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام (وان كان فائتا فعليه الجزاء) لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذى استحقه (وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم أو حلال) لما قلنا (ومن أحرم وفى بيته أو فى قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) وقال الشافعى رحمه الله يجب عليه أن يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه فى ملكه فصار كما اذا كان فى يده ولنا أن الصحابة

(قوله ولنا الخ) حقيقته أنه استدلال بالنص فيقدم على القياس تقريره هذا صيد الحرم وما كان كذلك لا يحل التعرض له بالنص فهذا لا يحل التعرض له بالنص أما الاولى فلانه ليس يراد بصيد الحرم الا ما كان حالا فيه وأما الثانية فلاطلاق النص المذكور من السنة ولم يوجد مثله فى الرق بل ثبت شرعا بقاؤه بعد الاسلام بل عداه الى أولاد الاماء من أزواجهن وان لم يتصف الزوج بالكفر قط ويمكن كون سر هذا الفرق التغليظ على من أمر فخالف لان الرق حكم هذه المخالفة بخلاف من لم يخالف وهو الصيد (قوله فان باعه) يعنى بعدما أدخله الحرم (رد البيع فيه ان كان قائما) ووجبت قيمته ان كان هالكا سواء باعه فى الحرم أو بعدما أخرجه الى الحل لانه صار بالادخال من صيد الحرم فلا يحل اخراجه بعد ذلك ولو تبايع الحلالان وهما فى الحرم الصيد وهو فى الحل جاز عند أبى حنيفة خلافا لمحمد لانه ليس بتعرض يتصل به بساحل حكما وليس هو بأبلغ من أمره بذبح هذا الصيد بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحسى (قوله ومن أحرم وفى بيته أو فى قفص معه) قيد المسئلة به لانه لو كان فى يده حقيقة وجب الارسال اتفاقا ولو هلك وهو فى يده وجب الجزاء وان كان مالكا له للجناية على الاحرام بعدم تركه فلذا اختلفوا فيما اذا كان القفص فى يده هل يجب عليه تركه وان كان على وجه لا يضيع أولا بناء على كون الصيد فى يده بكون القفص فيها ولهذا يصير غاصبا له بغصب القفص أو ليس فيها بل بكون القفص فيها ولذا جاز للمحدث أخذ المصحف بغلافه

لا يظهر فى مملوك العبد كالاشجار فان ما ينبتها الناس فى الحرم لا تثبت فيها حرمة الحرم وكذا الاسلام يمنع الاسترقاق لحق الشرع فلا يزيل الرق الثابت قبله لكنا نقول حرمة الحرم فى حق الصيد كحرمة الاحرام فكما ان الحرمة بسبب الاحرام ثبتت فى حق الصيد المملوك حتى يجب ارساله فكذلك الحرمة بسبب الحرم وليس هذا نظير الاشجار لان ما ينبتها الناس ليس بمحل لحرمة الحرم أصلا بمنزلة الاهلى من الحيوانات كالابل والغنم والبقر وأما الصيد مملوكا كان أو غير مملوك فهو محل ثبوت الامن له بسبب الحرم كذا فى المبسوط وأما الجواب عن مسئلة الاسترقاق فان بقاء الرق من الامور الحكمية حتى يثبت بطريق التبعية فى أولاد المسلمين فلان يثبت فى الرقيق أولى فاما ههنا فالمأخوذ صيد بعد بدلالة الحرمة بالاحرام فلما دخل فى الحرم صار الصيد صيد الحرم فانه ليس المراد من صيد الحرم الا ان يكون الصيد موجودا فى الحرم وهذا كذلك فثبت فى حقه الامن كسائر الصيود فلا يثبت حكم الحل فى الاولاد فكذا فيه (قوله لما روينا) فيه اشارة الى قوله ولا ينفر صيدها (قوله وكذلك بيع المحرم الصيد) أى يرد البيع ان كان قائما وتجب القيمة ان كان فائتا لما قلنا ان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد (قوله ومن أحرم وفى بيته أو فى قفص معه صيد) ولفظ الجامع الصغير للصدر الشهيد وغيره رجل أحرم ومعه قفص فيه صيد وقوله ومعه قفص يحتمل أنه أراد انه معه فى يده ويحتمل انه أراد انه مع خادمه أو فى رحله فكان لقائل أن يقول اذا كان معه فى يده ينبغى ان يرسله لان القفص متى كان معه كان الطير فى يده ألا ترى انه يصير غاصبا للطير بغصب القفص ولقائل أن يقول لا يكون الطير فى يده وان كان القفص فى يده فلا يلزمه الارسال فان الجنب اذا حمل مصحفا فى غلافه لم يكره ولم يكن ذلك كأخذ المصحف بيده بلا غلاف كذا ذكره الفقيه أبو جعفر وذكر عن أستاذه أبى بكر الاعمش انه لا يلزمه الارسال سواء كان القفص فى يده أو لم يكن كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر الامام الكشانى رحمه الله واذا كان فى يده فعليه ارساله ولكن على وجه لا يضيع فان ارسال الصيد ليس بمندوب

لحاجته (ولنا أنه لما حصل فى الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم) وبين الملازمة بقوله (اذ صار) يعنى الصيد (من صيد الحرم) بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الامن (لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث طويل ولا ينفر صيدها وقوله (فان باعه) ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله (ومن أحرم وفى بيته أو فى قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) يشير الى أنه لو كان فى يده فعليه أن يرسله بالاتفاق ولهذا قاس الشافعى صورة النزاع عليه بقوله (كما اذا كان فى يده) وقوله (ولنا أن الصحابة) ظاهر

(قال المصنف اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن) أقول اذ لدوام الامور المستمرة حكم الابتداء كذا قيل وفيه بحث (قوله وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان البيع لم يجز الخ) أقول وهو أيضا اشارة الى قوله لانه تعرض للصيد بتفويت الامن فان قوله وكذلك اشارة الى رد البيع حال قيامه ووجوب الجزاء حال هلاكه

قوله (وبذلك جرت العادة الفاشية) فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ارسالها وقوله (ولان الواجب ترك التعرض) دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعى ووجهه أن الواجب ترك التعرض وهو حاصل اذا لم يكن بيده (لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به) والتعرض بالامساك فى الملك ليس بمناف لانه لو أرسله فى المفازة فهو على ملكه فدل على أنه لا معتبر ببقاء الملك والالزم الجزاء أرسل أو لم يرسل (وقيل اذا كان القفص فى يده وجب عليه ارساله لانه متعرض له بمسكه (لكن على وجه لا يضيع) بان يخليه فى بيته لان اضاعة المال منهى عنها وقوله (فان أصاب حلال صيدا) ظاهر وقوله (ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما) احتراز عما أخذ المحرم فانه لا يملك الصيد والملك

رضى الله عنهم كانوا يحرمون وفى بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهى من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير أنه فى ملكه ولو أرسله فى مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان القفص فى يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع قال (فان أصاب حلال صيدا ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبى حنيفة) رحمه الله (وقالا لا يضمن) لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله أنه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا أخذه فى حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه فى بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف فى كسر المعازف (وان أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق) لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك فى حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر (فان قتله محرم آخر فى يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه) لان الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء فى حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا (ويرجع الآخذ على القاتل) وقال زفر لا يرجع

(قوله وبذلك جرت العادة الفاشية) من لدن الصحابة الى الآن وهم والتابعون ومن بعدهم يحرمون وفى بيوتهم حمام فى أبراج وعندهم دواجن والطيور لا يطلقونها (وهى احدى الحجج) فدلت على أن استبقاءها فى الملك محفوظة بغير اليد ليس هو التعرض الممتنع (قوله ولا معتبر ببقاء الملك) أى لا يعتبر بقاء الملك جناية على الصيد والا لم يكن الواجب عليه الارسال لانه لا يفيد اخراجه عن ملكه بل كان الواجب عليه تمليكه والعادة الفاشية تنفيه (قوله وله أنه ملك الصيد بالاخذ حلالا ملكا محترما) حتى لو أخذه وهو حلال ثم أحرم فارسله ثم وجده بعد الاحلال فى يد شخص كان له أن يأخذه منه لانه ما أرسله عن اختيار كذا علل التمرتاشى فهذا يدل على أنه لو أرسله من غير احرام يكون اباحة أما لو كان صاده فى احرامه ثم أرسله ثم حل فوجده فى يد رجل فليس له أن يأخذه منه لانه ما ملكه بالاخذ فى الاحرام والله أعلم (قوله والواجب عليه ترك التعرض) جواب عن قولهما المرسل آمر بمعروف فاجاب بان الواجب الذى يجب الامر به ترك التعرض وذلك يحصل بتفويت يده الحقيقية لا مطلق يده فان ادعيا الثانى منعناه أو الاول سلمناه وذلك يحصل بارساله

كتسييب الدابة بل هو حرام الا ان يرسله للعلف أو يبيح للناس أخذه (قوله فان أصاب حلال صيدا) الحلال اذا أخذ الصيد ثم أحرم فارسله ثم حل فوجده فى يد غيره كان له أخذه منه بخلاف ما اذا أخذ الصيد وهو محرم ثم أرسله ثم حل من احرامه فوجده فى يد غيره فلا سبيل له عليه كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله (قوله فان الصيد لم يبق محلا للتملك فى حق المحرم) لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر والحرمة اذا أضيفت الى الاعيان يخرج المحل عن المحلية كما فى قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم

المحترم لا يبطل بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل أن الحلال اذا أخذ الصيد ثم أحرم فارسله ثم حل فوجده فى يد غيره كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا أخذ الصيد وهو محرم ثم أرسله ثم حل من احرامه فوجده فى يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما وقد أتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل سلمنا أنه ملكه ملكا محترما ولكن وجب اخراجه من الملك تركا للتعرض الواجب الترك أجاب بقوله (والواجب عليه ترك التعرض) لا الاخراج عن ملكه (ويمكنه ذلك بان يخليه فى بيته فاذا قطع عنه يده) بالارسال (كان متعديا) فيضمن (ونظير هذا الاختلاف الاختلاف فى كسر المعازف) فانه لا ضمان فيه عندهما لانه آمر بالمعروف ناه عن المنكر وعند أبى حنيفة يجب الضمان لغيرا لهو وقوله (وان أصاب محرم صيدا) ظاهر وقوله (فان قتله محرم آخر فى يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد الآمن) والتعرض له من محظورات الاحرام الموجبة للجزاء (والقاتل مقرر لذلك) لانه كان بعد الاخذ متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض (والتقرير كالابتداء فى حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا) فانهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف (ثم يرجع الآخذ على القاتل) بما ضمن من الجزاء (وقال زفر لا يرجع

(قال المصنف وقيل اذا كان القفص فى يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع) أقول ومنه يعلم أن ما يفعله الناس من اشتراء الطيور من الصيادين ثم اطلاقها منهى عنه لانه اهلاكه وتضييع الملك منهى

لان الآخذ انما أخذ بصنعه ومن أخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك فى حق المحرم كمسلم غصب (٣٢) خنزير ذمى فأتلفه فى يده آخر فضمن الذمى الغاصب لم يرجع على المتلف بشئ (ولنا أن الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو) أى القاتل (بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون) قتله (فى معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه) كغاصب الغاصب اذا أتلف المغصوب وضمنه الغاصب فان حاصل الضمان يستقر عليه واعترض بأن الرجوع يستلزم تضمين ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون والزام أكثر مما لزمه فان ما لزمه كفارة يفتى بها ويجزئه الصوم فيه وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به ويحبس عليه وذلك أكثر مما لزمه فلا يجوز وأجيب عن الاول بأن الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز أن يكون فى مقابلة ازالة يد محترمة وهى موجودة فيما نحن فيه لان الآخذ كان متمكنا بيده من الارسال واسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر اذا أتلفه انسان فى يده فأدى الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وان كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك. وعن الثانى بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر ثم الابن ضمن الاب يرجع الاب على الغاصب ويحبسه وان كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه والجواب عما استشهد به زفر أن غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لان خروجه عن محلية التمليك ... (فان

لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا أن الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون فى معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه

ولو فى قفص (قوله ولنا أن الآخذ انما يصير سببا للضمان اذا اتصل به القتل) والمتوجه قبل قتله خطاب ارساله وتخليته (فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون فى معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه) وان لم يفوت بهذا القتل يدا محترمة ولا ملكا فان المتعلق بهما ضمان يجب لذى اليد والملك ابتداء بدل ملكه ويده وهنا الواجب عليه ليس الا الرجوع بما غرمه لكونه السبب فيه فانه منوط بتفويته يدا معتبرة كما فى غصب المدبر اذا قتله انسان فى يد غاصبه فادى الغاصب قيمته وهنا قد تحقق ذلك فانه فوت يدا معتبرة فى حق التمكين بها من اسقاط ما عليه من الارسال ودفع وجوب الجزاء فهو مورطه فى ذلك واذا وجب الرجوع بنصف المهر على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فالرجوع هنا أولى لان الشهود قرر واما كان متوهم السقوط بعد تحقق الوجوب بسبب مباشرة الزوج باختياره والقاتل هنا هو الذى حقق سبب الوجوب على وجه لا يتوهم سقوط الواجب به لما عرف من أن مجرد الاخذ سبب لوجوب الارسال وانما يكون سببا للجزاء اذا اتصل به القتل وانما قال فيكون فى معنى مباشرة علة العلة لان الاخذ ليس علة العلة فان العلة القتل والآخذ ليس علة للقتل ولا جزء علة ولا سببا بل القتل مستقل بسببية ايجاب الجزاء ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء لو رماه من بعيد قبل ان يأخذه فالاخذ قد يكون شرطا حسب القتل وقد لا يكون الا أن مباشرة الشرط فى الاتلاف سبب للضمان كحفر البئر فانه شرط للوقوع والعلة ثقل الواقع وبهذا التقرير يسقط سؤال ان كيف يرجع ولم يفوت يدا محترمة ولا ملكا وأيضا ان الشئ اذا خرج عن محلية الملك لا يضمن مستهلكه وان جنى من كان فى يده فان قيل ما الفرق بين هذا وبين المسلم اذا غصب خمر الذمى فاستهلكه مسلم آخر فى يده يضمن الآخذ للذمى ولا يرجع على المستهلك فالجواب أن اتحاد اعتقادهما وتقومها منع من رجوع المسلم على ذلك المسلم المستهلك هذا وقد أورد فى النهاية كيف يرجع وهو قد لزمته كفارة تخرج بالصوم وهو انما يرجع بضمان يحبسه به فلا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما لزمه وأجاب بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر فضمن الابن أباه فانه لا يحبسه وللاب أن يحبس من قتله فى يده ولا فرق بين ضمان يفتى به وضمان يقضى به فان زكاة السائمة تدخل تحت القضاء بخلاف زكاة سائر الاموال فحق الله تعالى اذا كان له طالب معين يكون له المطالبة واذا لم يكن لا تتعين المطالبة وهذا قد يوهم أن له الرجوع وان كفر بغير المال وقد صرح فى المنتقى بأنه انما يرجع اذا كفر بالمال ونقل عن أبى عبد الله الجرجانى أنه قال ولا فرق بين كون القاتل صبيا أو نصرانيا أو مجوسيا فى ثبوت الرجوع عليه وأصل المسائل كلها أن تفويت الامن على الصيد يوجب الجزاء والامن يكون بثلاثة أشياء باحرام الصائد أو دخوله فى أرض الحرم أو دخول الصيد فيه وأنه اذا تحقق التفويت لا يبرأ بالشك فلذا قلنا يجب الجزاء فى ارسال الحلال الصيد فى أرض الحل بعدما أخرجه من أرض الحرم وبارسال المحرم اياه فى جوف البلد لانه لم يصر بهذا

(قوله فيكون فى معنى مباشرة علة العلة) وذلك لان العلة الاولى مع حكمها تصير حكما للعلة الثانية كما فى شراء القريب فان قيل الآخذ لم يملك الصيد ولا كانت له فيه يد محترمة ووجوب الضمان له على القاتل باحد هذين فكيف يرجع عليه بالضمان ولانه بالقتل لزمته كفارة يفتى بها ويخرج بالصوم منها فلو رجع انما يرجع عليه بضمان يطالبه ويحبسه ولا يجوز ان يرجع عليه باكثر مما لزمه ولان الشئ لما خرج عن محلية التملك لا يضمن المستهلك وان كان ضمن من فى يده كمسلم يغصب خنزير ذمى أو خمره ثم يجئ مسلم آخر فيستهلكه

(فان قطع حشيش الحرم) اعلم أن حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر أنبته الانسان وشجر ينبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه اما أن يكون من جنس ما ينبته الناس أولا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء (٣٣) والاول من الثانى كذلك وانما يجب الجزاء فى الثانى منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ويستوى فيه أن يكون مملوكا كالانسان بأن ينبت فى ملكه أو لم يكن حتى قالوا فى رجل نبتت فى ملكه أم غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة أخرى لحق الشرع فقوله فان قطع حشيش الحرم الى أن قال فعليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه أضافه الى الحرم وقال وهو مما لا ينبته الناس وقوله (لا يختلى خلاها) أى لا يحصد رطب مرعاها ولا يقطع شوكها وقوله (لان حرمتها تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام) لان المحرم ليس بممنوع من الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة وقوله (بخلاف الصيد) يعنى أنه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم أو بيع صيد الحرم أصلا

(قال المصنف فان قطع حشيش الحرم أو شجره وليس بمملوك ولا هو مما ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه الصلاة والسلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها) أقول قوله صلى الله عليه وسلم لا يختلى أى لا يقطع يقال خلاه واختلاه قطعه ثم بقى ههنا بحث لان الخلى اسم للنبات الرطب والحشيش اسمه اذا يبس فى الصحاح ولا يقال له رطبا حشيش وجوابه أنه مجاز على طريقة أعصر خمرا بقرينة وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه

(فان قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه) لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه الصلاة والسلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم فى هذه القيمة مدخل لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بيناه ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا أداها ملكه كما فى حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو أطلق له فى بيعه لتطرق الناس الى مثله الا أنه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد

الارسال ممتنعا ظاهرا ولذا لو أخذه انسان حلال كره أكله اه (قوله فعليه قيمته) جعله جواب المسئلة ليفيد أنه لا يدخله الصوم وحاصل وجوه المسئلة أن النابت فى الحرم اما اذخر أو غيره وقد جف أو انكسر أو ليس واحدا منها فلا شئ فى الاول وأما الثانى وهو ما ليس واحدا منها فاما أن يكون أنبته الناس أولا فالاول لا شئ فيه أيضا سواء كان من جنس ما يستنبت عادة أولا والثانى وهو ما لا ينبته الناس بل نبت بنفسه اما أن يكون من جنس ما ينبتونه أولا فلا شئ فى الاول والثانى هو الذى فيه الجزاء فما فيه الجزاء هو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ولا منكسرا ولا جافا ولا اذخرا ولا بد فى اخراج ما خرج عن حكم الجزاء من دليل فأشار المصنف الى أن الاذخر خرج بالنص وما أنبتوه بقسميه بالاجماع وأما الجاف والمنكسر ففى معناه فاعلم أن الالفاظ التى وردت فى هذا الباب الشجر والشوك والخلى فالخلى والشجر قدمناهما فى حديث أبى هريرة والشوك فى الصحيحين أيضا أنه عليه الصلاة والسلام قال يوم الفتح ان هذا البلد حرمه الله الى أن قال لا يعضد شوكه ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته الا من عرفها ولا يختلى خلاها الحديث فالخلى هو الرطب من الكلا وكذا الشجر اسم للقائم الذى بحيث ينمو فاذا جف فهو حطب والشوك لا يعارضه لانه أعم يقال على الرطب والجاف فليحمل على أحد نوعيه دفعا للمعارضة وأما الذى نبت من غير أن ينبته الناس وهو من جنس ما ينبتونه فلا أدرى ما المخرج له غير أن المصنف علل اخراج أهل الاجماع ما ينبته الناس بأن انباتهم يقطع كمال النسبة الى الحرم فان صح أن يقال ان كونه من جنس ما ينبتونه يمنع كمال النسبة اليه أحق بما ينبتونه والا

يضمن الآخذ للذمى ولا يرجع على المستهلك بشئ قلنا ان اليد على هذا الصيد كانت يدا معتبرة لحق الآخذ لانه يتمكن به من الارسال واسقاط الجزاء به من نفسه فالقاتل يصير مفوتا عليه هذه اليد فيكون ضامنا له وان لم يملكه الآخذ كالغاصب المدبر اذا قتله انسان فى يده فادى الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وان كان المدبر لا ينقل من ملك الى ملك فكذا ههنا المال الجزاء بدل العين فوجب ان يقوم مؤديه مقام المالك فى استحقاق ضمان قيمته وأما قوله فلو رجع انما يرجع بضمان يحبسه فكان أكثر من الاول قلنا مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر ثم ان الابن يضمن أباه يرجع الاب على الغاصب منه وان كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه ويكون له ان يحبس الغاصب منه فيما يطالبه به ولا يقع الفرق بين ضمان يفتى به وبين ضمان يقضى به فان زكاة السائمة يدخل تحت القضاء وزكاة سائر الاموال لا تدخل ولا فرق بينهما ولكن حق الله اذا كان له طالب معين تكون له المطالبة واذا لم يكن له طالب معين لا يتعين المطالبة فاما الجواب عن مسئلة خمر الذمى فان الشرع حرم الخمر وأهانها لنجاستها وفسادها فجرى لذلك مجرى مهان من المال كشرب بقماء وحبة حنطة ولكن هذا فى حق من يعتقد اهانتها وهو المسلم فلذلك لم يرجع المسلم على المسلم المستهلك لاتحاد اعتقادهما على الاهانة وفى التضمين اعزاز لها وأما الصيد فيثبت له زيادة احترام فى حق المحرم باحرامه كحرمة الآدمى وهذا يدل على تأكد الضمان لا على سقوطه (قوله فان قطع حشيش الحرم) اعلم أن شجر الحرم أنواع أربعة ثلاث يحل قطعها والانتفاع

(والفرق ماذكره) يريد قوله لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وقوله (والذى ينبته الناس عادة) متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس وقوله (ومالا ينبت عادة اذا أنبته انسان) معطوف على قوله والذى ينبته يعنى مالا ينبته الناس عادة اذا أنبته انسان التحق بما ينبته الناس فكان غير مستحق الامن الحاقا بمحل الاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة الى الحرم عند النسبة الى غيره بالانبات وقوله (ولو نبت بنفسه) يعنى الذى لا ينبت عادة لو نبت بنفسه (فى ملك رجل) قد ظهر بما ذكرناه آنفا واعترض عليه بوجهين أحدهما أن النبات ملك بالاخذ فكيف تجب القيمة بعد ذلك والثانى أن الحرم غير مملوك لأحد فكيف يتصور قوله وقيمة أخرى ضمانا لمالكه وأجيب عن الاول بان قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار محمول على خارج الحرم وأما حكم الحرم فبخلافه لانه حرام التعرض بالنص كصيده وعن الثانى بانه على قول من يرى تملك أرض الحرم وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقوله (وما جف من شجر الحرم) بيان الاستثناء فى مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر وقوله (لا باس بالرعى لان فيه ضرورة) يعنى أن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت الضرورة (ولنا مارو ينا) يعنى قوله عليه السلام لا يختلى خلاها وانما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه فان قيل النص فى القطع لا فى الرعى أجاب بقوله (والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل شفرة كل شئ حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به

والفرق ماذكره والذى ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان الحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا أنبته انسان التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه فى ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشروع وقيمة أخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك فى الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام (ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر) وقال أبو يوسف رحمه الله لا باس بالرعى لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا مارو ينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل

فيحتاج الى وجه آخر والله أعلم هذا وكل ما جاز الانتفاع به فى الحرم جاز اخراجه ومن ذلك أحجار أرض الحرم وحصاها الا أن يبالغ فى ذلك فيحفر كثيرا يضر بالارض أو الدور فيمنع (قوله والفرق ماذكره) أى الفرق بين نبات الحرم اذا أدى قيمته حيث يصح بيعه و يكره لانه ملكه بسبب محظور و بين الصيد حيث لا يصح بيعه وان أدى ضمانه ماسيذكره من قوله لان بيعه حيا تعرض للصيد الى آخر ما يجىء (قوله فعلى قاطعه قيمتان) هذا على قولهما أما على قول أبى حنيفة فلا يتصور لانه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هى سوائب عنده على ماسيأتى ان شاء الله تعالى (قوله ولنا مارو ينا) يعنى قوله عليه السلام لا يختلى خلاها أى لا يقطع خلاه

بها من غير جزاء و واحدة منها لا يحل قطعها والانتفاع بها واذا قطعها رجل فعليه الجزاء أما الثلاث فكل شجر أنبته الناس وهو ليس من جنس ما ينبته الناس وكل شجر أنبته الناس وهو من جنس ما ينبته الناس وكل شجر نبت بنفسه وهو من جنس ما ينبته الناس وأما الواحدة فهى كل شجر نبت بنفسه وهو ليس من جنس ما ينبته الناس و يستوى فى هذه الواحدة ان تكون مملوكة لانسان بان تنبت فى ملكه أو لم يكن حتى قالوا فى رجل نبتت فى ملكه أم غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وقيمة أخرى لحق الشرع بمنزلة مالو قتل صيدا مملوكا فى الحرم و بعد ما أدى جزاء الشجرة يكره للقاطع الانتفاع بها وفى المنتقى عن أبى يوسف رحمه الله لا باس لغيره من محرم ان ينتفع به كذا فى المحيط (قوله ولو نبت بنفسه) يعنى مما لا ينبته الناس عادة فان قيل الضمير عائد الى الحشيش والحشيش اذا نبت بنفسه فى غير الحرم لا يملكه صاحب الارض فكذا فى الحرم قلنا لا نسلم عود الضمير الى الحشيش بل يعود الى الشجرة والشجر النابت فى غير الحرم مملوك لمالك الارض ولئن سلمناه ولكن الفرق ان الحشيش فى أراضينا ينبت مباحا لكل أحد غير مصون عن التعرض فلم يكن المالك أولى من غيره بخلاف حشيش الحرم فانه ينبت مصونا عن التعرض فيكون المالك به أولى من غيره فان قيل انتساب الحشيش الى مالكه لم لا يوجب قصورا فى انتسابه الى الحرم قلنا لان المحرم هو التعرض لنبات الحرم وهذه الاضافة اختلفت باضافة النبات الى غير الحرم بالانبات فاما اضافته الى غير الحرم بالمملوكية لا ينافى كونه نبات الحرم كالصيد المملوك فى الحرم لا ينافى كونه صيدا لحرم (قوله لانه ليس بنام) وفى قطعه زينة الحرم لانه اذا قطع ما جف نبت مكانه أخضر فكان كهدم المسجد للبناء

(قال المصنف وقيمة أخرى ضمانا لمالكه) أقول قال ابن الهمام هذا على قولهما أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فلا يتصور لانه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هى سوائب عنده اه يعنى على ظاهر الرواية عنه وأما على رواية الحسن فقوله كقولهما وعليه الفتوى كما نصوا عليه (قوله ولنا مارو ينا الى قوله وانما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه) أقول فأين قولهم مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع فلا يكون القطع بالمشافر فى معنى القطع بالمناجل حتى يلحق به ثم أقول بقى فى قوله ولنا مارو ينا الخ بحث اذ الاولى أن يقال ولهما الان المخالف هنا

الزرع وقوله (وحمل الحشيش) يعنى سلمنا أن النص فى القطع لا فى الرعى لكن لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش (من الحل ممكن فلا ضرورة) فان قيل ما بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه أجاب بقوله (بخلاف الاذخر) لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه وروى أن العباس رضى الله عنه لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانه لقبورهم و بيوتهم فقال عليه السلام الا الاذخر وتأويله أنه عليه السلام كان من قصده أن يستثنى الا أن العباس سبقه بذلك أو كان أوحى الله اليه أن يرخص فيما يستثنيه العباس فان قيل على هذا التقرير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بمقارن فليخص الرعى بالقياس عليه قلت الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالضرورة وقد ذكرنا أن لا ضرورة فى الرعى وقوله (و بخلاف الكمأة) معطوف على قوله بخلاف الاذخر يعنى أنها ليست بداخلة فى المحرمات لانها ليست من جملة نبات الارض بل هى مودعة فيها قال (وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان) كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعى رحمه الله دم واحد بناء على أن القارن عنده محرم باحرام واحد وعندنا باحرامين وقدمر ذلك من قبل فان قيل احرام الحج أقوى لكونه فرضا دون العمرة واذا اجتمع امران فى ايجاب حكم واحد وأحدهما أقوى من الآخر فان الحكم يضاف اليه و يجعل الاضعف كالمعدوم كما ذكرتم فى المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب عليه الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام أقوى فالجواب أن ذلك الاصل صحيح ولكن ليس احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده يحرم على المحرم بها جميع ما يحرم احرام الحج فكانا متساويين فلا

وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه و بخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات (وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته) وقال الشافعى رحمه الله دم واحد بناء على أنه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقدمر من قبل قال (الا أن يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد) خلافا لزفر رحمه الله

واختلاه قطعه ولا يعضد شوكها والعضد قطع الشجر من حد ضرب فقد منع القطع مطلقا أعم من كونه بالمناجل أو المشافر فلا يحل الرعى والضرورة تندفع بحمل الحشيش من الحل ومشفر كل شئ حرفه ومن ذلك شفرة السيف حده وشفير الخندق والنهر والبئر حرفه ومشفر البعير شفته (قوله و بخلاف الكمأة) لانها ليست من جنس النبات لانه اسم لما يظهر على وجه الارض والكمأة تخلق فى باطنها لا يظهر منها شئ وأيضا لا تنمو ولو قدر كونها نباتا كان من الجاف (قوله وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعى دم واحد بناء على أنه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين)

باحسن من ذلك وقطع الصلاة ليؤديها بالجماعة ولانه لو وجب الضمان يتضرر أهل الحرم فى ايقاد النار ولان ما جف بمنزلة الميت من صيد الحرم (قوله وكل شئ فعله القارن) فان قيل ينبغى ان يتداخلا لحرمة الاحرام والحرم فان المحرم اذا قتل صيد الحرم لم يجب عليه الا جزاء واحد قلنا حرمة الاحرام أقوى من حرمة الحرم لانه يحرم قتل الصيد فى الاماكن كلها والحرم لا يحرمه الا فيه ولان الاحرام يحرم الصيد والحلق والطيب ولبس المخيط والجماع والحرم لا يحرم الا الصيد وتوابعه مما ينمو كالحشيش والشجر فيتبع أضعف الحرمتين أقواهما لان الاصل ان السببين اذا اجتمعا فى ايجاب حكم واحد أحدهما أقوى من الآخر فان الحكم يضاف الى أقواهما و يجعل مادونه كالمعدوم كالحافر مع الدافع والجارح مع حاز الرقبة وليس كذلك الحج والعمرة لان حرمتهما فى المحرمات سواء فلم يتبع أحدهما الآخر وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فى الجماع وغيره من المحظورات فاما بعد الوقوف

يستتبع أحدهما الآخر فان قيل فعلى هذا يجب أن يختص وجوب الدمين على القارن بما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فاما بعد الوقوف بها ففى الجماع يجب دمان وفى سائر المحظورات دم واحد لما أن احرام العمرة انما بقى فى حق التحلل لا غير قلت بعد ذلك وان كان شيخ الاسلام ذكر مثل ماذكرت ووجه البعد أن احرام العمرة بعد الفراغ من أفعالها لم يبق الا فى حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف و بعده سواء وقوله (الا أن يتجاوز الميقات) استثناء من قوله فعليه دمان وقوله (خلافا لزفر) يعنى انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما فى سائر المحظورات

(قوله يعنى سلمنا أن النص فى القطع لا فى الرعى لكن لا نسلم الضرورة الخ) أقول حق هذا المنع هو التقديم وتقريره على الترتيب الطبيعى أن يقال لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش من الحل ممكن ولو سلم فاعتبارها فيما لا نص فيه ثم أقول أى حاجة الى اثبات الضرورة اذا لم يتناول النص الرعى (قوله وقد ذكرنا أن لا ضرورة فى الرعى) أقول وكذلك فى الاذخر اذ يجوز اتيانه من الحل (قال المصنف الا أن يتجاوز الميقات بغير احرام) أقول استثناء منقطع لان ذلك ليس مما ذكره بل يذكره

لما أن المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخير واجب واحد لا يجب الاجزاء واحد (واذا اشترك محرمان فى قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية

فالجناية عليهما مجتمعين كالجناية عليهما منفردين وأورد فلم يتداخلا كحرمة الاحرام والحرم فيما اذا قتل المحرم صيد الحرم اذ كان عليه جزاء واحد أجيب بان حرمة الاحرام أقوى من حرمة الحرم لانها توجب حرمات كثيرة غير الصيد بخلاف حرمة الحرم فاستتبعت أقوى الحرمتين الاخرى لان الاصل اذا اجتمع موجبان لحكم واحد اضافة الحكم الى أقواهما وجعل الآخر تبعا له كالعدم وهذا كالحافر مع الدافع والحاز للرقبة مع الجارح واحرام الحج مسا ولاحرام العمرة فان جميع ما يحرم به يحرم بالآخر فلم يمكن الاستتباع فيجعل كل كأن ليس معه غيره كما لو جرح اثنان آخر فمات ويرد عليه ماذكره المصنف فى دفع ايجاب الشافعى البدنة على من جامع فى العمرة بعد ما طاف أربعة أشواط قياسا على وجوبها اذا جامع فى الحج بعد الوقوف بعرفة من انها سنة ومنع افتراضها فيجب عليه شاة اظهار اللتفاوت فاظهر التفاوت فى الاجزية للتفاوت فى المجنى عليه فلو اتحدر تبة احرامى الحج والعمرة لم يصح ماذكره واذا ظهر التفاوت جاز الاستتباع وان لم يبلغ الى درجة عدم الايجاب ألا ترى أن حرمة الحرم موجبة بانفرادها ما يوجبه الاحرام ومع ذلك ظهر التفاوت من وجه آخر ووقع الاستتباع وعندهذا نوردما كنا وعدنا وهو أن قتل الصيد محرم واقع جناية على الاحرام فوجب الجزاء ان كان نفس انتهاك حرمة القتل وجب أن لا يتعدد لانه لا تعدد فى الحرمة بل التعدد فى السبب على ماحققناه فى مسئلة قتل المحرم صيد الحرم وان كان الجناية على الاحرام والاحرام متعدد فيتعدد الجزاء وجب التعدد فى قتل المحرم صيد الحرم لتعدد الجناية بتعداد المجنى عليه وهو الاحرام والحرم اذ لا شك أن منع قتل الصيد فيه لاثبات الله تعالى له حرمة وجعله حماه والقتل فيه جناية على حرم الله وكون احدى الحرمتين فوق الاخرى لم يعرف فى الشرع سببا لاهدار الحرمة وجعلها تبعا بل الاصل أن كل حرمة تستتبع موجبها سواء ساوت غيرها أولا ومن المعلوم أن الوجوبات والتحريمات تتفاوت بالآكدية وقوة الثبوت ولم يسقط اعتبار شئ منها خصوصا وهذه الكفارة ظهر من الشارع الاحتياط فى اثباتها حيث ثبتت مع النسيان والاضطرار فى قتل الصيد فلا يجوز الاحتياط فى اسقاطها الا لموجب لا مردله كثبوت الحاجة الى تكرر السبب كثيرا كما قلنا فى تكرر آية سجدة التلاوة وليس ذلك بلازم اذ لا حاجة متحققة فى تكثير القتل مع الاحرام والحرم ليستلزم تعدد الواجب الحرج فيدفع بالتداخل لطفا ورحمة فيلزم التداخل والجواب منع الحصر لجواز كون الجزاء لادخال النقص فى العبادة لا لكونه جناية والقارن بالجناية على الاحرامين مدخل للنقص فى عبادتين بخلاف قتل المحرم صيد الحرم وذكر شيخ الاسلام أن وجوب الدمين على القارن اذا كانت الجناية قبل الوقوف فى الجماع وغيره أما بعد الوقوف ففى الجماع يجب دمان وفى سائر المحظورات دم واحد وتقدم مافيه (قوله لان المستحق عليه الخ) هذا وجه المذهب واقتصر عليه ولم يذكر وجه قول زفر لضعف كلامه فى هذه المسئلة وأما الصورة التى يجب بسببها على القارن دمان بسبب المجاوزة فهى فيما اذا جاوز فاحرم بحج ثم دخل مكة فاحرم بعمرة ولم يعد الى الحل محرما فليس كلاهما للمجاوزة بل الاول لها والثانى لترك ميقات العمرة فانه لما دخل مكة التحق باهلها وميقاتهم فى العمرة الحل (قوله واذا اشترك محرمان الخ) وجهها ظاهر من الكتاب وكذا الفرق بين اشتراك المحرمين فى قتل الصيد والحلالين فى صيد الحرم فارجع اليه ولو اشترك محرمون ومحلون فى قتل صيد الحرم وجب جزاء واحد يقسم على عددهم ويجب على كل محرم مع ما خصه من ذلك جزاء كامل وان كان معهم من لا يجب عليه كصبى وكافر يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القسمة لو قسمت على الكل * واعلم أن قتل الحلالين صيد الحرم ان كان بضربة فلا شك فى لزوم كل نصف الجزاء أما اذا كان كل منهما ضربه ضربة فانه يجب على كل منهما

بعرفة ففى الجماع يجب دمان وفى سائر المحظورات يجب دم واحد لما ان احرام العمرة انما يبقى فى التحلل

ولنا (أن المستحق عليه عند الميقات احرام واحد) الا ترى أنه لو احرم للعمرة عند الميقات ثم أحرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزا ولا شئ عليه مع أنه قارن أيضا (وبتأخير واجب واحد لا يجب الاجزاء واحد واذا اشترك محرمان فى قتل صيد) واحد (فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) وقال الشافعى رحمه الله عليهما جزاء واحد لان من أصله أن الاعتبار للمحل وعن هذا قال الدال الذى لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شئ والمحل ههنا واحد فلا يلزمه الاجزاء واحد وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد ولنا أن كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة أما أنه يصير جانيا فلان الفعل الذى لا يقبل التجزئة اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما فى القصاص وكفارة القتل وأما أنه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية

تفوق

كانت الجناية متعددة وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة وقوله (واذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم) وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة (واذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) قال المصنف (لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن) والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع المضاف الى غير محله باطل (وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة) وبيع الميتة باطل لعدم المحل وقوله (ومن أخرج ظبية من الحرم) حلالا كان أو محرما (فولدت أولادا فماتت هى وأولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقى مستحقا للامن شرعا) يعنى أن الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهى بقاء استحقاقه للامن شرعا وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسرى الى الاولاد أما اتصافه ببقاء الاستحقاق للامن شرعا فلان الرد الى مأمنه واجب وأما أن كل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسرى الى الاولاد فكما فى الحرية والرق (٣٧) والكتابة وغيرها ونوقض بولد المغصوبة فانها واجبة الرد الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوائد المغصوب غير مضمونة والجواب أن الصفة الشرعية تسرى الى الاولاد اذا لم يكن

تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية (واذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة (واذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة (ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت أولادا فماتت هى وأولادها فعليه جزاؤهن) لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقى مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه

ما نقصته ضربته ثم يجب على كل نصف قيمته مضروبا بضربتين لان عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فضمن كل منهما نصف الجزاء وعند الاختلاف الجزاء الذى تلف بضربة كل هو المختص باتلافه فعليه جزاؤه والباقى متلف بفعلهما فعليهما ضمانه كذا فى المبسوط (قوله فالبيع باطل) لا شك فى حقيقة البطلان ان باعه بعد الذبح لانه ميتة وأما اذا كان حيا فلا شك فيه اذا كان هو المشترى لانه محرم العين فى حقه لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما أضاف التحريم الى العين فيكون ساقط التقوم فى حقه كالخمر وهذا هو النهى الذى أراد المصنف بقوله لانه منهى التعرض واطلاق اسم النهى على التحريم اطلاق اسم السبب على المسبب وأنت علمت أن اضافة التحريم الى العين تفيد منع سائر الانتفاعات والكل مندرج فى مطلق التعرض وحاصله اخراج العين عن المحلية لسائر التصرفات فيكون تعليق تصرف ما بها عبثا فيكون قبيحا لعينه فيبطل وماذكر من أنه اذا هلك بعد البيع فى يد المشترى فعليهما جزا آن لانهما جنيا عليه صحيح اذا كان المتبايعان محرمين فان كان البائع حلالا اختص المشترى (١) وقوله ويضمن أيضا المشترى للبائع لفساد البيع قال وعلى هذا اذا وهب محرم صيدا من محرم فهلك عنده يجب عليه جزا آن ضمانه لصاحبه لفساد الهبة وجزاء آخر حقا لله تعالى محله ما اذا كان البائع والواهب حلالين أما البيع فظاهر كذمى باع خمرا من مسلم فهلكت عنده يضمنها له فان قامت بينة على أنه أخذ هذا الصيد محرما فباعه يجب أن لا يضمن له لانه لم يملكه بهذا الاخذ فلا يجب الضمان بخلاف ما اذا أخذه حلالا ثم أحرم فباعه وأما الهبة فبعد أن يكون الواهب مالكا بالطريق الذى ذكرنا فيه نظر ولو تبايعا صيدا فى الحل ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشترى به عيبا رجع بالنقصان وليس له الرد وقد قدمنا أنه اذا أصاب المحرم صيودا كثيرة على قصد التحلل والرفض للاحرام فعليه جزاء واحد لتناوله انقطاع الاحرام وان أخطأ وان لم يكن على وجه التحلل ورفض الاحرام فعليه لكل جزاء وعلى هذا سائر محظورات الاحرام (قوله ومن أخرج ظبية من الحرم) وهو حلال

لا غير (قوله وهذه صفة شرعيه) أى كون الظبية مستحقة للامن بالرد الى الحرم صفة شرعية فتسرى الى

(قال المصنف واذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) أقول فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وما اذا اخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم فانه يجب على كل واحد منهم جزاء كامل قلنا ان ذلك جناية على الاحرام كما مر (قال المصنف ومن أخرج ظبية من الحرم) أقول وفى كتاب الغصب تفصيل متعلق بهذه المسئلة (قوله وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسرى الى الاولاد) أقول قوله صفته تلك مبتدأ وقوله تسرى الى الاولاد خبره والضمير فى قوله صفته راجع الى ما فى قوله وكل ما

(قوله ونوقض بولد المغصوبة فانها الخ) أقول الضمير فى قوله فانها راجع الى المغصوبة (قوله وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها) أقول لا نسلم ذلك فان ولدها واجب الرد أيضا ولهذا لو منع بعد طلب المالك ضمن وكذا اذا تعدى فيه والتفصيل فى كتاب الغصب (قوله فان زوائد الغصب غير مضمونة) أقول لا يدل على عدم السراية (قوله لانها ليست بصفة شرعية) أقول أنت خبير بانه انما يمنع سريان المغصوبية لا سريان وجوب الرد ولا يمكن أن يقال خلاصة الجواب منع وجوب كل صفة شرعية مستند الجواز أن يمنع منه مانع فيؤل ماذكرتم الى الكلام على السند لما لا يخفى على المتأمل (قوله ولان تصورها لا يتحقق الخ) أقول عدم تصور المغصوبية لا يستلزم عدم تصور وجوب الرد الى المالك وفيه الكلام ثم اعلم أن قوله ولان تصورها معطوف على قوله لانها ليست بصفة شرعية

(١) قول صاحب الفتح وقوله ويضمن لم يتضح من كلامه مرجع الضمير وكذا فى قوله قال ولعل فى العبارة سقطا فليحرر اهـ من خط العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه

وهذه صفة شرعية فتسرى الى الولد (فان أدى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد) لان بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل والله أعلم

أو محرم (قوله وهذه) أى كونها مستحقة الامن بالرد الى المأمن (صفة شرعية) فالتأنيث هو باعتبار الخبر مثل قولك زيد هى هدية اليك ولا يصح على اعتبار اكتساب الكون التانيث من المضاف اليه لانه ههنا مما لا يصح حذفه واقامة المضاف اليه مقامه لفساد المعنى لانه ضمير الظبية ولا يصح الظبية صفة شرعية بخلاف نحو سرقت صدر القناة من الدم والحاصل أن صفة استحقاق الامن صفة شرعية كالرق والحرية فتسرى الى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية فيصير خطاب رد الولد مستقرا واذا تعلق خطاب الرد كان الامساك تعرضا له ممنوعا فاذا اتصل الموت به ثبت الضمان بخلاف ولد المغصوب لان سبب الضمان الغصب وهو ازالة اليد ولم توجد فى حق الولد حتى لو منع الولد بعد طلب المالك حتى مات ضمنه أيضا قالوا وهذا اذا لم يؤد ضمان الام قبل الولادة فان كان فعل لا يضمن الولد لان الولد حينئذ لا يسرى اليه استحقاق الامن بالرد الى المأمن لانتفاء هذه الصفة عن الام قبل وجوده حتى لو ذبح الام والاولاد حل لانه صيد الحل ولكنه يكره ذكره فى الغاية وكل زيادة فى هذا الصيد كالسمن والشعر فضمانه عند موته على التفصيل المذكور والذى يقتضيه النظر أن التكفير أعنى أداء الجزاء ان كان حال القدرة على اعادة أمنها بالرد الى المأمن لا يقع بذلك كفارة ولا يحل بعده التعرض لها بل حرمة التعرض لها قائمة وان كان حال العجز عنه بان هربت فى الحل عندما أخرجها اليه مخرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها اذا من وله أن يصطادها وهذا لان المتوجه قبل العجز عن تامينها انما هو خطاب الرد الى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لان سقوط الامن انما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد فاذا عجز توجه خطاب الجزاء وقد صرح هو بان الاخذ ليس سببا للضمان بل القتل بالنص فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع الا نفلا فاذا ماتت بعد هذا الجزاء لزمه الجزاء لانه الآن تعلق به خطاب الجزاء هذا الذى أدين به وأقول يكره اصطيادها اذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها لشبهة كون دوام العجز شرط اجزاء الكفارة الا اذا اصطادها ليرده الى الحرم *(فروع)* غصب حلال صيد حلال ثم أحرم الغاصب والصيد فى يده لزمه ارساله وضمان قيمته للمغصوب منه فلو لم يفعل بل دفعه للمغصوب منه حتى برأ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء وهذا لغز يقال غاصب يجب عليه عدم الرد بل اذا فعل يجب به الضمان فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه اليه فعلى كل واحد منهما الجزاء الا ان عطب قبل وصوله الى يده ولو كان المغصوب منه اصطاده وهو حلال وأدخله الحرم يضمن الغاصب له على قول أبى حنيفة خلافا لهما و يلزم الجزاء برمى الحلال من الحرم صيدا فى الحل كما يلزم فى عكسه لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم يقال أحرم اذا دخل فى أرض الحرم كأشأم اذا دخل فى أرض الشأم كما يقال أحرم اذا دخل فى حرمة الشئ فبعمومه يفيده وكذا ارسال الكلب وقدمنا فى أول فصل الجزاء أن الحلال اذا رمى صيدا فى الحل فاصابه فى الحرم بان هرب الى الحرم فاصابه السهم فيه ان عليه الجزاء والذى صرح به فى المبسوط أنه لا يلزمه جزاء ولكن لا يحل تناوله لانه فى الرمى غير مرتكب للنهى قال وهذه المسئلة هى المستثناة من أصل أبى حنيفة فان عنده المعتبر حالة الرمى الا فى هذه المسئلة خاصة فانه اعتبر فى التناول حالة الاصابة احتياطا لان الحل بالذكاة

الولد كصفة الحرية والرقية والتدبير فان قيل يشكل على هذا ولد المغصوبة فان المغصوبة واجب الرد الى مالكها على الغاصب بحيث لو هلكت باى وجه كان يجب الضمان ثم صفة كونها مستحقة الرد على الغاصب صفة شرعية فيها ومع ذلك لم تسر الى ولدها حتى لو هلك ولدها لا يجب الضمان لما أن زوائد الغصب غير مضمونة قلنا الفرق بينهما من وجهين أحدهما ما ذكره الامام الزاهدى الصفار رحمه الله وهو انه انما وجب جزاء الاولاد لان الذى أخرجه مأمور باعادة الام والاولاد الى المأمن وهو الحرم فاذا لم يفعل دخلت الاولاد فى الضمان بخلاف ولد المغصوبة لانه لم يأمره صاحبه باعادته الى يده حتى لو كان مأمورا من

*(باب

مانع وصفة المغصوبية تمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصورها لا يتحقق فى الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهى فى الأولاد لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب والله أعلم

(باب مجاوزة الوقت بغير احرام) قال صاحب النهاية رحمة الله لما ذكر باب الجنايات وأنواعها أعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير احرام لان هذا من الجنايات أيضا الا أن هذا قبل الاحرام وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا فى استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب فان قيل كان الواجب أن لا يجب على من

(باب مجاوزة الوقت بغير احرام)

(واذا أتى الكوفى بستان بنى عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم) وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شئ لبى أو لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى أو لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما اذا أفاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا أنه تدارك المتروك فى أوانه وذلك قبل الشروع فى الافعال فيسقط الدم

يحصل وانما يكون ذلك عند الاصابة فاذا كان عندها الصيد صيد الحرم لم يحل وعلى هذا ارسال الكلب والله أعلم

(باب مجاوزة الوقت بغير احرام)

فصله عن الجنايات وأخره لان المتبادر من اسم الجنايات فى كتاب الحج ما يقع جناية على الاحرام وهى ما تكون مسبوقة به وهذه الجناية قبله ولا تبادر أيضا ثم تحقيق ما تقع عليه هذه الجناية أمران البيت والاحرام لا الميقات فانه لم يجب الاحرام منه الا لتعظيم غيره فالحاصل أنه أوجب تعظيم البيت بالاحرام من المكان الذى عينه فاذا لم يحرم منه كان مخلا بتعظيمه على الوجه الذى أوجبه فيكون جناية على البيت ونقصا فى الاحرام لانه لما وجب عليه أن ينشئه من المكان الاقصى فلم يفعل فقد أوجده ناقصا (قوله فان رجع الى ذات عرق) ليس بقيد بل بناء على الظاهر من أنه اذا تدارك بالرجوع فانما يرجع الى ميقاته الذى جاوزه والا فظاهر الرواية أنه لا فرق بين أن يرجع الى ميقاته أو الى ميقات آخر من مواقيت الآفاقيين وعن أبى يوسف ان كان الذى يرجع اليه محاذيا لميقاته أو أبعد منه فكميقاته والا لم يسقط الدم بالرجوع اليه والصحيح ظاهر الرواية لما قدمناه أن كلا من المواقيت ميقات لاهله ولغير أهله بالنص مطلقا بلا اعتبار المحاذاة والحاصل أن الآفاقى اذا وصل الى ميقات من مواقيت الآفاقيين فاما أن يكون بعده ميقات آخر فى طريقه أولا فان كان جازله مجاوزته الى الميقات الاخير وان لم يكن وجب عليه الاحرام منه كالميقات الاخير فان لم يحرم حتى جاوزه فان عاد قبل استلام الحجر الى الميقات فلبى عنده سقط عنه دم المجاوزة اتفاقا وان لم يلب لا يسقط عند أبى

صاحبه نقول بضمانه والثانى ما أشار اليه فخر الاسلام رحمه الله وهو ان الصيد آمن بالحرم لكونه متوحشا فيصير الجنايات عليه باثبات اليد عليه لان التوحش ومعنى الصيدية يزول به فساوى الفرع الاصل فى هذا لانه كما أثبت اليد على الام فقد أثبتها على الولد الجنين فيها فلما ساوى الفرع الاصل فى علة الضمان ساواه أيضا فى الحكم بخلاف ولد المغصوبة لان اثبات اليد فى باب الغصب لا يصلح علة للضمان لان مال المرء انما يصان بالايدى وانما يضمن بقطع اليد لان حقوق العباد انما تضمن بالتفويت أبدا والولد فارق الاصل فى تفويت اليد لانه لا يتصور تفويت اليد قبل الثبوت ففارقه فى الحكم أيضا

(باب مجاوزة الوقت بغير احرام)

(قوله فان رجع الى ذات عرق) تخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفى ذكر فى شرح الطحاوى رحمه الله تعالى عليه فان عاد الى ميقات آخر سوى الميقات الاول الذى جاوزه قبل ان يتصل احرامه بالفعل سقط عنه الدم عند علمائنا الثلاثة وعوده الى هذا الميقات والى ميقات آخر سواء وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات يحاذى الميقات الاول وأبعد عن الحرم سقط عنه الدم

جاوز الميقات بغير احرام شئ لان المحرم للاشياء الموجبة للكفارة هو الاحرام والاحرام غير موجود فى ذلك الوقت فالجواب أن من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهى عنه وتمكن به فى حجه نقصان ونقصانه يجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك فى أوانه بالرجوع الى الميقات ملبيا قبل أن يطوف (واذا أتى الكوفى بستان بنى عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت) وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفى والا فالرجوع اليه والى غيره من المواقيت سواء فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات يحاذى الميقات الاول أو أبعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا (وان رجع اليه لكن لم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان رجع محرما فلا شئ عليه لبى أو لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى أو لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود) لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ (وصار كما اذا أفاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا أنه تدارك المتروك فى وقته وذلك قبل الشروع فى الافعال) وتدارك المتروك فى أوانه يسقط الكفارة

(باب مجاوزة الوقت بغير احرام) أقول استعمل الوقت بمعنى مكان الاحرام مجازا (قوله بناء على ظاهر حال الكوفى) أقول من أنه اذا تدارك بالرجوع فانه يرجع الى ميقاته الذى جاوزه

(بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك) لان المتروك هنالك استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على مامر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقى الكلام بينهم فى أن التدارك هل يحصل بمجرد العود أو مع التلبية (عندهما بعوده محرما لانه أظهر حق الميقات) وهو المرور به محرما فانه اذا أحرم من دويرة أهله ومر به ساكتا صح (وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة أن يحرم من دويرة أهله) فاذا أحرم منها صارت موضع احرامه فتشترط التلبية هنالك فاذا لبى ثمة ثم سكت عند المرور بالميقات لاشئ عليه وليس الكلام فيه وانما الكلام فيما اذا ترخص بالتأخير الى الميقات فانه يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد أتى بجميع ماهو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه والخلاف فى احرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف فى احرام العمرة فى جميع ماذكرنا وقوله (ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف) متصل بقوله وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله أن مسئلة العود على ثلاثة أوجه فى وجه لايسقط بالعود بالاتفاق وفى وجه يسقط به بالاتفاق وفى وجه على الاختلاف الذى ذكرناه وبيانه أن من دخل مكة يريد الحج أو العمرة لايجوز له أن يتجاوز الميقات بغير احرام فان جاوز فاما أن يعود اليه أولا فان لم يعد وجب عليه الدم وان عاد فاما أن يعود قبل الاحرام أو بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما أن يعود بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر أو قبله فان عاد بعده لايسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافى اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار أنه مبتدئ من الميقات تقديرا وبعد ماوقع منه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئا وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر فى ذلك الشوط وان عاد قبله فان فعلى الاختلاف المذكور وقوله (فان دخل البستان) ظاهر

بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على مامر غير أن التدارك عندهما بعوده محرما لانه أظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعند زفر رحمه الله بعوده محرما ملبيا لان العزيمة فى الاحرام من دويرة أهله فاذا ترخص بالتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافى بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة فى جميع ماذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق (وهذا) الذى ذكرنا (اذا كان يريد الحج أو العمرة

حنيفة وعندهما يسقط وان لم يلب وعند زفر لا يسقط وان لبى فيه (قوله بخلاف الافاضة فانه لم يتدارك المتروك) لان الواجب عليه اذا وقف نهارا اما الكون بها وقت الغروب أو مده الى الغروب على حسب اختلافهم على ماقدمناه وبالعود بعد الغروب لم يتدارك واحدا منهما أما مانحن فيه فالواجب التعظيم بالكون محرما فى الميقات ليقطع المسافة التى بينه وبين مكة متصفا بصفة الاحرام وهذا حاصل بالرجوع محرما اليه وعلى هذا الوجه لاتجب التلبية فيه الا أن أبا حنيفة ألزم لسقوط الدم التلبية تحصيلا للصورة بالقدر الممكن وفى صورة انشاء الاحرام لابد من التلبية أو ما يقوم مقامها وكذا اذا أراد أن يجبره بخلاف ما اذا رجع محرما حتى جاوز الميقات فلبى ثم رجع ومر به ولم يلب يجوز لانه فوق الواجب عليه فى تعظيم البيت (قوله ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف) ولو شوطا (لا يسقط بالاتفاق) لان السقوط بالرجوع باعتبار مبتدأ الاحرام عند الميقات وهذا الاعتبار بعد الشروع فى الافعال يستلزم اعتبار بطلان ماوجد منه من الطواف ولا سبيل اليه بعد وقوعه معتدا به فكان اعتبارا ملزوما للفاسد وملزوم الفاسد فاسد وكذا اذا لم يعد حتى شرع فى الوقوف بعرفة من غير أن يطوف لما ذكرناه بعينه (قوله وهذا اذا أراد الحج أو العمرة) يوهم ظاهره أن ماذكرنا من أنه اذا جاوز غير محرم وجب الدم الا أن يتلافاه محله ما اذا كان السكوفى قاصدا النسك فان لم يقصده بل قصد التجارة أو السياحة لاشئ عليه بعد الاحرام وليس كذلك بل يجب أن يحمل على أنه انما ذكره بناء على أن الغالب فى قاصدى مكة من الآفاقيين قصد النسك فالمراد بقوله اذا أراد الحج أو العمرة اذا أراد مكة وذلك أنه انما يريد بيان أن ماذكره من لزوم الاحرام من الميقات انما هو على من قصد مكة أما من قصد

والا فلا يسقط (قوله بخلاف الافاضة) لانه لم يتدارك المتروك لان المتروك هنالك استدامة الوقوف الى غروب الشمس وهو بعوده لم يتداركه فى وقته حتى قال بعضهم لو عاد قبل غروب الشمس يسقط عنه الدم لانه تدارك المتروك فى وقته وهو استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبخلاف ما اذا ابتدأ الطواف لان أوان التلافى قد انقضى فلا يمكنه التلافى لان الاحرام وسيلة والمقصود هو أداء الافعال فما لم يشرع فى الاداء أوان الوسيلة باق فلما شرع فى الاداء لم يبق وقت الوسيلة فلا يرتفع بعد ذلك النقصان الذى تمكن فى الوسيلة فلا يسقط عنه الجابر ولانه انما أسقطنا عنه الدم باعتبار أنه مبتدئ للاحرام من الميقات تقديرا وفى اعتبار ذلك بطلان الطواف الذى وجد منه ولا سبيل الى ذلك لوقوعه معتدا به فلا يمكن اعتباره مبتدئا بعد ذلك (قوله فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام) روى عن أبى يوسف رحمه الله انه ان نوى الاقامة

(قوله وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر فى ذلك الشوط) أقول فيه بحث اذ الاستلام يكون أيضا قبل الابتداء بالطواف فلا دلالة للواو على الترتيب نعم لو كانت العبارة فاستلم لكان لما ذكره وجه

فان دخل البستان لحاجة فله أن يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء) لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستانى أن يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذى بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به (فان أحرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شئ) يريد به البستانى والداخل فيه لانهما أحرما من ميقاتهما (ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه) ذلك (من دخوله مكة بغير احرام) وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا أنه تلافى المتروك فى وقته

مكانا آخر من الحل داخل الميقات فلا يجب عليه الاحرام منه لتعظيم مكة لان الاحرام منه لتعظيم مكة لا لتعظيم ذلك المكان ولا نفس الميقات ولذا قابل قوله وهذا اذا أراد الحج بقوله فان دخل البستان لحاجة الخ ثم موجب هذا الحل أن جميع الكتب ناطقة بلزوم الاحرام على من قصد مكة سواء قصد النسك أولا ويطول تفصيل المنقولات فى ذلك وقد صرح به المصنف فى فصل المواقيت حيث قال ثم الآفاقى اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة فعليه أن يحرم سواء قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام لايجاوز أحد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ولا أصرح من هذا شئ بل ينبغى أن يعلم قصد الحرم فى كونه موجبا للاحرام كقصد مكة (قوله فان دخل البستان الخ) اعلم أن عند أبى يوسف أنه انما يجوز له المجاوزة بغير احرام اذا كان على قصد أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما والا لم يجز بغير احرام لانه يبقى على حكم السفر الاول ولذا يقصر الصلاة والاول أوجه للمتأمل (قوله ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه) حاصل الاحكام الكائنة هنا أربعة أحدها أنه لا يجوز للآفاقى دخول مكة بغير احرام ثانيها أن من دخلها بلا احرام يجب عليه اما حجة أو عمرة قال فى البدائع فان أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم يريد قضاء ماوجب عليه بدخول مكة بغير احرام أجزأه فى ذلك ميقات أهل مكة فى الحج بالحرم وفى العمرة بالحل لانه لما أقام بمكة صار فى حكم أهلها فيجزيه احرامه من ميقاتهم اه وتعليله يقتضى أن لاحاجة الى تقييده بتحويل السنة ثالثها أنه اذا خرج من عامه ذلك الى الميقات وحج حجة الاسلام سقط ماوجب عليه بدخول مكة بلا احرام رابعها أنه اذا خرج بعد مضى تلك السنة لا يسقط وقول المصنف بحجة عليه أعم من كونها منذورة أو حجة الاسلام وكذا اذا أحرم بعمرة منذورة وقوله أجزأه من دخول مكة بغير احرام يعنى من آخر دخول دخله بغير احرام فانه لو دخلها مرارا بغير احرام وجب عليه لكل مرة حجة أو عمرة فاذا خرج فاحرم بنسك أجزأه عن دخوله الاخير لا عما قبله ذكره فى شرح الطحاوى قال لان الواجب قبل الاخير صار دينا فى ذمته فلا يسقط الا بالتعيين بالنية وفى المبسوط اذا دخل مكة بلا احرام فوجب عليه حجة وعمرة فاهل به بعد سنة من وقت غير وقته هو أقرب منه قال يجزيه ذلك ولا شئ عليه لانه فى السنة الاولى لو أهل منه أجزأه عما يلزمه من دخولها (قوله اعتبارا بما لزمه بالنذر) أى اعتبار المالزمه بالدخول بغير احرام بما لزمه بالنذر وفى المنذور لا يخرج عن عهدته الا أن ينوى به عنه فكذا ما بالدخول (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك فى وقته الخ) معنى هذا الكلام أن الواجب عليه أن يكون

بالبستان خمسة عشر يوما كان له ان يدخل مكة وان نوى الاقامة فيه دون خمسة عشر يوما ليس له ان يدخل مكة الا بالاحرام كذا فى المبسوط (قوله ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك) الآفاقى اذا دخل مكة بغير احرام ولزمه بسبب دخوله مكة اما حجة أو عمرة عندنا خلافا للشافعى رحمه الله على مامر ثم حج من عامه ذلك حجة الاسلام أو حجة أو عمرة نذرها سقط به عنه مالزمه بسبب دخوله مكة بغير احرام خلافا لزفر رحمه الله وفى الطحاوى الآفاقى اذا جاوز الميقات قاصدا مكة بغير احرام مرارا فانه يجب عليه لكل مرة اما حجة أو عمرة ثم لو خرج من عامه ذلك الى الميقات فاحرم بحجة الاسلام أو غيرها فانه يسقط عنه ماوجب عليه لاجل المجاوزة

وقوله (التحق باهله) يعنى سواء نوى مدة الاقامة أو لم ينو فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما وقوله (وقد مر من قبل) أراد به ماذكره فى فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه جميع الحل الذى بين المواقيت وبين الحرم وقوله (ومن دخل مكة بغير احرام) معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة أو عمرة (ثم خرج من عامه ذلك) وحج حجة الاسلام أو حجة أو عمرة فانها تنوب عما وجب عليه بدخوله مكة بغير احرام (وقال زفر لا يجزئه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر) فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه لا يسقط بها المنذورة كذلك ههنا والجامع أن كل واحدة منهما واجبة بسبب غير سبب الاخرى فان ماوجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر فى أن الشروع ملزم كالنذر فكما لا تتادى المنذورة بحجة الاسلام فكذا المشروع فيها (وصار) ذلك (كما اذا تحولت السنة) ثم حج حجة الاسلام فانه لا يقوم مقام مالزمه بدخوله مكة بلا خلاف (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك فى وقته) وهو السنة التى دخل فيها مكة

لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا أتاه محرما بحجة الاسلام فى الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا فى ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما فى الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثانى (ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة وأفسدها مضى فيها وقضاها) لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا أفسد الحج (وليس عليه دم لترك الوقت) وعلى قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف فى فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجته هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها

محرما عند قصد دخول مكة من الميقات تعظيما للبقعة لا لذات دخول مكة من حيث هو دخولها فاذا لم يفعل ودخل هو بلا احرام وجب عليه قضاء حقها الذى لم يفعله وذلك بان يدخلها على ذلك الوجه الذى فوته فاذا خرج الى الميقات فاحرم بحجة عليه وقدم مكة فقد فعل ما تركه وذلك لان وجوب أحد النسكين فيما اذا دخلها بلا احرام ليس الا لوجوب الاحرام الا أنه لما كان الاحرام لا يتحقق الا باحدهما قلنا وجب عليه أحدهما فاذا خرج الى الميقات فاحرم بما عليه فقد فعل ما كان واجبا عليه بالدخول وهو الاحرام فى ضمن ما وجب عليه بسبب آخر وصار كما اذا أتاها محرما ابتداء بما عليه من حجة الاسلام من الميقات لم يلزمه شئ آخر لحصول المقصود فى ضمن ما عليه بخلاف ما اذا تحولت السنة فانه لما لم يقض حقها فى تلك صار بتفويته دينا عليه فصار تفويتا مقصودا محتاجا الى النية كما اذا نذر أن يعتكف هذا الرمضان فاعتكف فيه جاز وان لم يعتكفه لا يجوز أن يعتكفه فى رمضان الآتى لانه لما فاته المنذور والمعين تقرر اعتكافه فى الذمة دينا فلا يتادى الا بصوم مقصود لعود شرطه أعنى الصوم الى الكمال الاصلى فلا يتادى فى ضمن صوم آخر ولقائل أن يقول لا فرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى فان مقتضى الدليل اذا دخلها بلا احرام ليس الا وجوب الاحرام باحد النسكين فقط ففى أى وقت فعل ذلك يقع أداء لان الدليل لم يوجب ذلك فى سنة معينة ليصير بفواتها دينا يقضى فهما أحرم من الميقات بنسك عليه تادى هذا الواجب فى ضمنه وعلى هذا اذا تكرر الدخول بلا احرام منه ينبغى أن لا يحتاج الى التعيين وان كانت أسبابا متعددة الاشخاص دون النوع كما قلنا فيمن عليه صوم يومين من رمضان فصام ينوى مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الاول ولا غيره جاز وكذا لو كانا من رمضانين على الاصح فكذا نقول اذا رجع مرارا فاحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه (قوله وليس عليه دم لترك الوقت) لان المراد بقوله وقضاها كون القضاء باحرام من الميقات وهذا نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بلا احرام ثم أحرم بالحج ومضى ففاته فتحلل بعمرة وقضاه من الميقات أو جاوز فاحرم بالحج فافسده وقضاه من الميقات لا دم عليه (قوله هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها

الاخيرة ولا يسقط عنه ما وجب عليه لاجل مجاوزة قبلها لان الواجب قبل الاخيرة صار دينا فلا يسقط الا بتعيين النية (قوله بخلاف ما اذا تحولت السنة) فان قيل لو عاد الى الميقات بعد تحول السنة وأحرم بالعمرة لم يجز ذلك عما لزم بدخول مكة وهو فى الابتداء لو أحرم بعمرة ثم أخر أداء الاعمال الى السنة الثانية جاز ذلك قلنا نعم ولكن يكره له تاخير أداء الاعمال بحكم ذلك الاحرام الى السنة الثانية والتاخير الى وقت يوجب الكراهة بمنزلة التفويت فى حكم التدارك فلذلك لا ينوب عما لزمه بدخول مكة بغير احرام (قوله كما فى الاعتكاف المنذور) أى المنذور فى رمضان من هذه السنة (قوله لان الاحرام يقع لازما) أى لا يمكن الخروج عنه الا باداء ما التزمه من الافعال وان أفسد (قوله وليس عليه دم لترك الوقت) قيد به لانه لا يسقط عنه دم الافساد بالقضاء (قوله وعلى قياس قول زفر رحمة الله تعالى عليه) أى قوله فيما اذا جاوز الميقات ثم أحرم وعاد الى الميقات لا يسقط عنه دم المجاوزة وان عاد ملبيا (قوله وهو نظير الاختلاف فى فائت الحج) وهو ان يجاوز الميقات بغير احرام ثم أحرم ففاته الحج سقط عنه دم الوقت عندنا ولم يسقط عند زفر رحمه الله (قوله هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات) يعنى لا يسقط عنه دم المجاوزة كما

(لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام) لا غير على أى وجه كان وقد حصل ذلك (كما اذا أتاه محرما بحجة الاسلام فى الابتداء) فانه يجزئه عن حجة الاسلام التى نوى وعما لزمه بدخوله مكة (بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا فى ذمته) بمضى وقت الحج (فلا يتادى الا باحرام مقصود كما فى الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثانى) فان قيل سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن لا نسلم أن العمرة تصير دينا لعدم توقتها بوقت معين فينبغى أن تسقط العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة فى السنة الثانية كما تسقط بها فى السنة الاولى أجيب بان تاخير العمرة الى أيام النحر والتشريق مكروه فاذا أخرها الى وقت مكروه صار كالفوت لها فصارت دينا قال (ومن جاوز الميقات) بغير احرام ذكر فى هذه المسئلة ثلاثة أحكام المضى فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم أما المضى فلأن الاحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال وأما القضاء فلأنه التزم الاداء على وجه الصحة

(قوله بالعمرة المنذورة) أقول الظاهر أنها زائدة

ولم يفعل وأما سقوط الدم فلأنه اذا قضاها باحرام من الميقات يجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة من غير احرام فسقط عنه الدم كمن سها فى صلاته ثم أفسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر لا يسقط عنه الدم وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم أحرم بالحج وفاته الحج ثم قضاه فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام وأحرم بالحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافا لزفر قال لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب أو لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج (ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه) أى من الميقات (فى القضاء وهو) أى القضاء (يحكى الفائت) أى يفعل مثل فعل ما فات وهو الاحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذى لاجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه وقوله (واذا خرج المكى من الحرم الخ) ظاهر

من المحظورات ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه فى القضاء وهو يحكى الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق (واذا خرج المكى يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة) لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى أو لم يلب فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى الآفاقى (والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم) لانه لما دخل مكة وأتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكى واحرام المكى من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه (فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شئ عليه) وهو على الخلاف الذى تقدم فى الآفاقى والله تعالى أعلم

(باب اضافة الاحرام الى الاحرام)

(قال أبو حنيفة رحمه الله اذا أحرم المكى بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة

من المحظورات) كالتطيب والحلق اذ لو تطيب أو حلق فى احرام نسك ثم أفسده وقضاه واجتنب المحظورات فى القضاء لا يسقط عنه الدم فكذا هذا (ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه فى القضاء وهو يحكى الفائت) فينجبر به وهذا لان النقص حصل بترك الاحرام من الميقات ويصير قاضيا حقه بالقضاء بخلاف ما ذكر لأن الكف عن محظور احرام فيه لا ينعدم به فعل محظور فى آخر (قوله واذا خرج المكى) يعنى الى الحل (يريد الحج) لانه لو خرج الى الحل لحاجة فاحرم منه ووقف بعرفة فلا شئ عليه كالآفاقى اذا جاوز الميقات قاصدا البستان ثم أحرم منه هذا واذا أحرم المكى للعمرة من الحرم فعليه دم ان لم يعد الى ميقاته على ما عرف (قوله لانه لما دخل الى مكة الخ) ظاهر مسئلة ذكرت فى المناسك أن بدخول أرض الحرم يصير له حكم أهل مكة فى الميقات وهى أن من جاوزه بغير احرام فاحرم بحجة ثم أحرم من الحرم بعمرة لزمه دمان دم لترك الميقات ودم لترك ميقات العمرة لانه فى حق من صار من أهل مكة الحل اهـ ولم أر تقييد مسئلة المتمتع بما اذا خرج على قصد الحج وينبغى أن يقيد به وانه لو خرج لحاجة الى الحل ثم أحرم بالحج منه لا يجب عليه شئ كالمكى هذا وفى مجاوزة المرقوق مع مولاه بلا احرام ثم أذن له مولاه فاحرم من مكة دم يؤخذ به بعد العتق وان جاوزه صبى أو كافر فاسلم أو بلغ الصبى فلا شئ عليهما والله أعلم

(باب اضافة الاحرام الى الاحرام)

(قوله قال أبو حنيفة الخ) حاصل وجوه ما اذا أحرم المكى بعمرة فادخل عليها احرام حجة ثلاثة اما أن يدخله

لا يسقط عنه دم التطيب أو لبس المخيط أو غير ذلك بفوات الحج أو افساده (قوله واحرام المكى من الحرم لما ذكرنا) أى فى فصل المواقيت وهو قوله لان النبى عليه السلام أمر أصحابه بان يحرموا بالحج من جوف مكة والله أعلم

(باب اضافة الاحرام الى الاحرام)

(قوله قال أبو حنيفة رحمه الله اذا أحرم المكى بعمرة وطاف لها شوطا) قيد بالمكى لان الآفاقى اذا أهل بالعمرة وطاف لها شوطا ثم أهل بالحج كان متمتعا وقيد بالعمرة لان المكى اذا أحرم بالحج وطاف له شوطا ثم

(باب اضافة الاحرام الى الاحرام) اضافة الاحرام الى الاحرام فى حق المكى ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج فى حق الآفاقى بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله فى باب على حدة (قال أبو حنيفة رحمه الله اذا أحرم المكى بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة) قيد بالمكى لان الآفاقى اذا أهل بالعمرة أولا وطاف لها

شوطا ثم أهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح فى حق الآفاقى الا أنه لو طاف لها أقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر كان متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة ولا كثر الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان المكى اذا أهل بالحج فطاف له شوطا ثم أهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرام الحج قد تأكد وقبل التأكد كان يؤمر برفضها فبعده أولى وقيد بالشوط يعنى الواحد لانه اذا طاف لها أربعة أشواط لا خلاف فى رفض الحج وأما فى الشوطين والثلاثة فقد

(باب اضافة الاحرام الى الاحرام) (قوله فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله فى باب على حدة) أقول

صرح فخر الاسلام بوجود الخلاف الذى ذكر اذا طاف لها شوطا (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة أحب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض أحدهما) بناء على ما تقدم من أن الجمع بين الحج والعمرة فى حق المكى غير مشروع فلا بد من رفض أحدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع (والعمرة أولى بالرفض لانها أدنى حالا) لكونه فرضا دونها (وأقل أعمالا) لان أعمالها الطواف والسعى لا غير (وأيسر قضاء لكونها غير موقتة) هذا اذا كان الحج فرضا وأما اذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين الاخيرين وقوله (وكذا اذا أحرم) يعنى رفض العمرة أحب لكن هذا بالاتفاق (لما قلنا) (٤٤) يعنى من الامور الثلاثة وفى عبارته تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس لا محالة وقوله (فان طاف للعمرة أربعة أشواط) ظاهر مما ذكر آنفا وقوله (ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما) اختلفت النسخ ههنا فى بعضها عندهما وفى بعضها عند أبى حنيفة وفى بعضها وكذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة بحذف كلمة لا من قوله ولا كذلك قال صاحب النهاية رحمه الله ذكر الامام مولانا حسام الدين الاخسيكتى رحمه الله والصواب وكذلك يعنى النسخة الاخيرة قال وهكذا أيضا وجدته بخط شيخى ولكل واحدة من هذه النسخ وجه أما وجه الاولى والثالثة فظاهر وأما وجه الثانية فهو أنه لدفع سؤال سائل وهو أن يقال لما أخذ الاكثر حكم الكل يكون الاقل معدوما حكما فينبغى أن يرفض العمرة عند أبى حنيفة حينئذ لانه لم يأخذ حكم الموجود فصار كأنه لم يطف للعمرة شيأ وهنالك يرفض العمرة كما مر فكذلك فى المعدوم الحكمى فقال ليس كذلك لانه لما أتى بشئ من أفعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج أصلا فكان رفع غير المتأكد أسهل وهذا هو أحد الوجهين المذكورين فى الكتاب من جانبه والوجه الآخر هو

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة أحب الينا وقضاؤها وعليه دم) لانه لا بد من رفض أحدهما لان الجمع بينهما فى حق المكى غير مشروع والعمرة أولى بالرفض لانها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة وكذا اذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشئ من أفعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله

قبل أن يطوف فترتفض عمرته اتفاقا ولو فعل هذا آفاقى كان قارنا على ما أسلفناه فى باب القران أو يدخله بعد أن يطوف أكثر الاشواط فترتفض حجته اتفاقا ولو فعل هذا آفاقى كان متمتعا ان كان الطواف فى أشهر الحج على ما قدمناه أو بعد أن طاف الاقل فهى الخلافية عنده يرفض الحج لما يلزم رفض العمرة من ابطال العمل وعندهما العمرة لانها أدنى حالا اذ ليس من جنسها فرض بخلاف الحج وأقل اعمالا وهو ظاهر وأيسر قضاء لعدم توقيتها وقلة أعمالها ولو فعل هذا آفاقى كان قارنا على ما استوفيناه فى صدر باب القران وكل من رفض مسكا فعليه دم لما روى أبو حنيفة عن عبد الملك بن عمير عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر لرفضها العمرة بدم ولو مضى المكى عليهما ولم يرفض شيأ أجزأه لانه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهى عنه بقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام يعنى التمتع وقد قدمنا أن القران داخل فى مفهومه وسماه المصنف نهيا باعتبار المعنى وهو عن فعل شرعى فلا يمنع تحقق الفعل على وجه المشروعية بأصله غير أنه يحمل اثمه كصيام يوم النحر بعد أن يكون نذره ثم عليه دم لتمكن النقصان فى نسكه بارتكاب المنهى عنه فيه فهو دم جبر فلا يتناول منه شيأ أما ان كان المضى عليهما بعد أن أدخل الحج على العمرة قبل الطواف للعمرة أو بعد طواف الاقل فظاهر لانه قارن وان كان بعد فعل الاكثر فى أشهر الحج فكذلك لانه متمتع وليس لاهل مكة تمتع ولا قران فلو كان طواف الاكثر منه للعمرة فى غير أشهر الحج ففى المبسوط أن عليه الدم أيضا قال لانه أحرم بالحج قبل أن يفرغ من العمرة وليس للمكى أن يجمع بينهما فاذا صار جامعا من وجه كان عليه

أحرم بالعمرة فانه يرفض العمرة وقيد بالشوط لانه لو لم يطف شيأ يرفض العمرة بالاتفاق (قوله ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما) هكذا وقع فى بعض النسخ وفى بعضها ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وذكر الامام حسام الدين الاخسيكتى رحمه الله والصواب وكذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله فقال وهو المثبت فى نسخة المصنف رحمه الله لكل واحدة من هذه النسخ وجه اما وجه الاولى والثالثة فظاهر واما وجه الثانية فلدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما أخذ الاكثر حكم الكل يكون الاقل معدوما حكما ينبغى ان يرفض العمرة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى حينئذ لانه لم يأخذ حكم الوجود فصار كأنه لم يطف للعمرة شيأ وهنالك يرفض العمرة كما مر فكذا فى المعدوم الحكمى فقال لا كذلك فانه لما أتى بشئ من أفعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج أصلا فكان رفض غير المتأكد أسهل

وأيضا ما يذكر فى هذا الباب تضاعف الاحرام وفى الباب السابق الخلو عنه فكان بينهما أشد المقابلة فذكر عقيبه فى باب على حدة ولعل هذا الوجه أولى (قوله وأما اذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين الاخيرين) أقول فيه بحث فان ما من جنسه واجب أعلى حالا مما ليس من جنسه واجب (قوله وقوله ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما الى قوله وهذا هو أحد الوجهين) أقول ويجوز أن تكون لا زائدة بقرينة السباق

ما ذكره بقوله (ولان فى رفض العمرة والحالة هذه) يعنى والحال أنه أتى بشئ من أفعال العمرة (ابطال العمل) أى الطواف الذى أتى به (وفى رفض الحج امتناع عنه) والامتناع أهون من ابطال ما وقع معتدا به وقوله (وعليه دم بالرفض أيهما رفضه) يعنى الحج عنده والعمرة عندهما (لانه تحلل قبل أوانه لتعذر المضى فيه) بكون الجمع بينهما غير مشروع (فكان فى معنى المحصر) وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لا دم شكر على ما يأتى فان قيل هلا لزمه دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين دم أجيب بانه غير ممنوع عن أحدهما بالنقصان حيثما تمكن وانما تمكن فى أحدهما فلذلك لزمه دم واحد (الا أن فى رفض العمرة قضاءها لا غير وفى رفض الحج قضاؤه وعمرة) أما الحج فلانه صح شروعه فيه ثم رفضه وأما العمرة فلانه فى معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بأفعالها ههنا لانه فى العمرة والجمع بين العمرتين منهى فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا (وان مضى عليهما) يعنى اذا لم يرفض المكى ومن بمعناه العمرة أو الحج ومضى عليهما وأداهما (أجزأه لانه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهى عنهما) أى عن احرام الحج واحرام العمرة جميعا قال صاحب النهاية وفى نسخة شيخى بخطه منهى عنها أى عن العمرة اذ هى المتعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لانها هى الداخلة فى وقت الحج وبسببها وقع العصيان وقوله (والنهى لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا) أن النهى يقتضى المشروعية دون النفى فى أصول الفقه قيل ذكر المصنف فى أول المسئلة أن الجمع بينهما فى حق المكى غير مشروع ثم ذكر ههنا أنه لا يمنع تحقق الفعل ومعناه كما قلنا أنه يقتضى المشروعية فكان التناقض فى كلامه وأجيب بأنه أراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما فى حق الآفاقى وبه يندفع التناقض وقوله (وعليه دم) واضح قال (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى) اعلم أن (٤٥) اضافة الاحرام الى الاحرام أربعة أقسام بالقسمة العقلية ادخال احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة على احرام العمرة وادخال احرام العمرة على احرام الحج وقدم ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لكونه أدخل فى كونه جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما على غيره لقوة حاله اذا كان أحدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتفاقهما فى الكيفية وكمية الافعال والاصل فى ذلك أن الجمع بين احرامى الحج أو احرامى العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد والشافعى يلزمه أحدهما ولا كلام ههنا مع الشافعى بناء على أن الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمدا يقول هو وان كان شرطا للاداء الا أنه ما شرع الا للاداء فلا يتحقق الا على الوجه الذى يتصور فيه الاداء وأداء حجتين أو عمرتين معا غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كالتحريمة فى الصلاة وهما يقولان الاحرام بالحج التزام محض فى الذمة بدليل أنه يصح منفصلا عن الاداء والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلاة لانها لا تصح منفصلة عن الاداء الا أنه لا بد له من رفض أحدهما اما احترازا عن ارتكاب المنهى عنه واما لان البقاء للاداء لا للالتزام والجمع أداء غير متصور فبعد هذا قال أبو حنيفة اذا توجه الى أداء أحدهما صار رافضا للاخرى وقال أبو يوسف كما فرغ من الاحرامين يصير رافضا أحدهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا قتل صيدا قبل أن يتوجه الى أحدهما فانه على قول أبى حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول أبى يوسف يلزمه قيمة واحدة وكذلك اذا أحصر فى هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف اذا عرفت هذا نعود الى تطبيق ما فى الكتاب على هذا الاصل فاذا أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى

وله أن احرام العمرة قد تأكد باداء شئ من أعمالها واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد أيسر ولان فى رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفى رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لانه تحلل قبل أوانه لتعذر المضى فيه فكان فى معنى المحصر الا أن فى رفض العمرة قضاءها لا غير وفى رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه فى معنى فائت الحج (وان مضى عليهما أجزأه) لانه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهى عنهما والنهى لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا (وعليه دم لجمعه بينهما) لانه تمكن النقصان فى عمله لارتكابه المنهى عنه وهذا فى حق المكى دم جبر وفى حق الآفاقى دم شكر (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى

الدم (قوله وله) أورد وجهين الثانى منهما دافع لما يتوهم مما أورده بعض الطلبة على الاول وهو أنه لما كان

(قوله منهى عنهما) وفى بعض النسخ عنها أى عن العمرة وهى المتعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بالطواف والكلام فيه لانها هى الداخلة فى وقت الحج وبسببها وقع النقصان (قوله والنهى لا يمنع تحقق الفعل) على ما عرف من أصلنا وهو ان النهى عن الافعال الشرعية يقتضى المشروعية عندنا (قوله وعليه دم لجمعه بينهما) فان قيل هلا لزمه دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين قلنا لانه غير ممنوع من

والسباق (قوله فبعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا توجه الى أداء أحدهما صار رافضا للاخرى) أقول فيه بحث فانه لا يصير بمجرد التوجه الى عرفات رافضا كما بينه المصنف الا أن يقال المراد بالتوجه هو الشروع فى الافعال

(فان حلق فى) الحجة (الاولى) ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى (لزمته الاخرى) لما ذكرنا أنه التزام محض (ولا شئ عليه) لان الاولى قد انتهت نهايتها
(وان لم يحلق فى الاولى) وأحرم بحجة أخرى صار جامعا بين احرامى الحج فبعد ذلك اما أن يحلق للاولى فى هذه السنة أو يؤخر الحلق الى

السنة الثانية فان حلق فقد تحلل عن الاولى ولكن جنى على الثانية بالحلق وان أخر فقد أخر الحلق فى الاولى عن وقته والتأخير عن الوقت مضمون فى قول أبى حنيفة ولهذا قال فى الكتاب (وعليه دم قصر أو لم يقصر) أى حلق أو لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسئلة فى قوله ومن أحرم بالحج ثم أحرم يتناول الذكر والانثى فذكر أولا لفظا الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الافضل فى حق الرجال الحلق وفى حق النساء التقصير (وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه لان الجمع بين احرامى الحج أو احرامى العمرة بدعة) الى آخر ماذكر فى الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق لكن يرد عليه شئ وهو أن المذكور من مذهب محمد فى هذا الاصل أنه اذا جمع بين احرامين انما يلزمه أحدهما وهو المروى عن الامام التمرتاشى والفوائد الظهيرية وحينئذ ينبغى أن لا يلزمه دم وان قصر لعدم لزوم الآخر فاما أن يكون سهوا فى نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما واما أن يكون عنه فى ذلك روايتان

فان حلق فى الاولى لزمته الاخرى ولا شئ عليه وان لم يحلق فى الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر عند أبى حنيفة) رحمه الله (وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه) لان الجمع بين احرامى الحج أو احرامى العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا فى الاحرام الاول فهو جناية على الثانى لانه فى غير أوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج فى العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته فى الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند أبى حنيفة رحمه

الاكثر كالكل فى اعتبار الشرع لزمه أن الاقل ليس له حكم الوجود فى اعتباره بل حكم العدم وهذا لانه ليس معنى الكل الا نفس الشئ فعدم اعتبار الاقل كالكل هو عدم اعتباره ذلك الشئ موجودا فيكون معتبرا عدما فيلزم اعتبار هذا البعض عدما اذ لا عبرة به الا اذا كان فى ضمن الكل اذ لا تصح العبادة ما لم تتم فصار فعل البعض كعدم فعل شئ واذا لم يفعل شيأ ثم أحرم بالحج رفض العمرة فكذا اذا فعل الاقل وجوابه منع كون الاقل اذا لم يعتبر تمام الشئ فانه يعتبر عدما لجواز أن لا يعتبر عدما ولا كالكل بل يعتبر بمجرد وجوده عبادة منتهضا سببا للثواب بنفسه ان كان البعض يصلح عبادة بالاستقلال وبواسطة اتمامه ان لم يصلح مع ايجاب الاتمام وحينئذ هذا البعض ان كان من الاول فلا اشكال وان كان من الثانى فقد ثبت بمجرد وجوده اعتباره وتعليق خطاب الاتمام به وهو قوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وفى رفض العمرة ابطاله فوجب اتمامه * ولنذكر تقسيما ضابطا الفروع الباب ثم ننتقل فى كلام المصنف فنقول الجمع اما بين احرامى حجتين فصاعدا كعشرين أو عمرتين كذلك أو حجة وعمرة الاول اما أن يجمع بينهما معا أو على التعاقب أو على التراخى فاما بعد الحلق فى الاول أو قبله أو فى هذا اما أن يفوته الحج من عامه أولا ففيما اذا أحرم بهما معا أو على التعاقب لزماه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد فى المعية يلزمه احداهما وفى التعاقب الاولى فقط واذا لزماه عندهما ارتفضت احداهما باتفاقهما ويثبت حكم الرفض واختلفا فى وقت الرفض فعند أبى يوسف عقيب صيرورته محرما بلا مهلة وعند أبى حنيفة اذا شرع فى الاعمال وقيل اذا توجه سائرا ونص فى المبسوط على أنه ظاهر الرواية وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على احرامين ودم عند أبى يوسف رحمه الله لارتفاض احداهما قبلها اه *(ومن الفروع)* لو جامع قبل أن يسير أو يشرع على الخلاف لزمه دمان للجماع ودم ثالث للرفض فانه يرفض احداهما ويمضى فى الاخرى ويقضى التى مضى فيها وحجة وعمرة مكان التى رفضها ولو قتل صيدا فعليه قيمتان أو أحصر فدمان هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف دم سوى دم الرفض واذا تراخى فادخل بعد الحلق فى الاولى لزمته الثانية ولا يلزم رفض شئ ولا دم عليه ثم يتم أفعال الاولى ويستمر محرما الى قابل فيفعل الثانية وان أحرم بها قبل الحلق ولا فوات لزمه ثم ان وقف يوم عرفة أو ليلة المزدلفة بالمزدلفة رفضها وعليه دم الرفض وحجة وعمرة مكانها ويمضى فيما هو فيها وهذا قولهما أما عند محمد فاحرامه باطل وانما يرفضها لانه لو لم يرفضها ووقف لها كان مؤديا حجتين فى سنة واحدة وكذا فى ليلة المزدلفة لو لم يرفضها وعاد الى عرفات فوقف يصير مؤديا لحجتين فى سنة واحدة وان كان بعد طلوع فجر النحر لم يرفض شيأ لان وقت الوقوف قد فات فلا يكون باستدامة الاحرام مؤديا حجتين فى سنة فيتم أعمال

أحدهما فالنقصان حيثما تمكن فى أحدهما فلذلك لزمه دم واحد كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله وعليه دم قصر أو لم يقصر) أراد بالتقصير الحلق لان التقصير لا يوجب الدم ولم يذكر فى الجامع الصغير فى هذا الفصل دم الجمع وذكر فى كتاب المناسك ان عليه دما لاضافة الحج الى الحج لانه أحرم بحج آخر قبل ان يفرغ عن حج هذه السنة فيجب عليه دمان عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه دم لتاخير الحلق ودم للجمع بينهما وفى قولهما لا يجب للتاخير شئ ثم قيل لا اختلاف بين الروايتين لانه سكت فى الجامع الصغير عن ايجاب الدم بسبب الجمع وما نفاه وقيل بل فيه روايتان وجه رواية الاصل انه اذا أحرم بالثانى قبل ان

(قوله فذكر أولا لفظا الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الافضل فى حق الرجل الحلق) أقول لا يفهم من تلك العبارة هذا التفصيل والاولى أن يقال ذكر تارة لفظ الحلق وتارة لفظ التقصير ايذانا بجواز كل منهما (قوله فاما أن يكون سهوا فى نقل مذهب محمد رحمه الله) أقول بانه اذا جمع بينهما يلزمه أحدهما

الله

الله وعندهما لا يلزمه شئ على ماذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما

الحجة الاولى ويقيم حراما ثم ان حلق فى الاولى لزمه دم الجناية على احرام الثانية اتفاقا وان لم يحلق بل استمر حتى حل من قابل لزمه دم لتأخير الحلق عنده خلافا لهما وهل يلزم دم آخر للجمع قيل فيه روايتان وقيل ليس الا رواية الوجوب وهو الاوجه وان أحرم بالثانية بعدما فاته الحج وجب رفضها ودم وقضاؤها وقضاء عمرة لان فائت الحج وان تحلل بافعال عمرة هو محرم بالحج فيصير جامعا بين احرامى حجتين فيرفض الثانية *وأما الثانى وهو بعمرتين ففى المعية والتعاقب أعنى بلا فصل عمل ما فى الحجتين والخلاف فيما يلزم ووقت الرفض اذا لزم وفيما اذا طاف للاولى شوطا رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء وكذا هذا ما لم يفرغ من السعى فان كان فرغ منه الا الحلق لم يرفض شيأ وعليه دم للجمع وهذه تؤيد رواية لزومه فى الجمع بين الحجتين على الوجه الذى ذكرناه فان حلق للاولى لزمه دم واحد للجناية على الثانية ولو كان جامع فى الاولى قبل أن يطوف فافسدها ثم أدخل الثانية يرفضها ويمضى فى الاولى حتى يتمها لان الفاسد معتبر بالصحيح فى وجوب الاتمام ولو كانت الاولى صحيحة كان عليه أن يمضى فيها ويرفض الثانية فكذا بعد فسادها وان نوى رفض الاولى والعمل فى الثانية لم يكن عليه الا الاولى ومن أحرم ولا ينوى شيأ فطاف ثلاثة أو أقل ثم أحرم بعمرة رفضها لان الاولى تعينت عمرة حيث أخذ فى الطواف لما أسلفناه فحين أهل بعمرة أخرى صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية *وأما الثالث وهو بحجة وعمرة فاما أن يجمع بينهما المكى ومن بمعناه كاهل المواقيت ومن دونهم أو الآفاقى فان كان الاولين ففى الكافى للحاكم أنه لا يقرن بينهما ولا يضيف العمرة الى الحج ولا الحج الى العمرة فان قرن بينهما رفض العمرة ومضى فى الحج وكذا أهل المواقيت ومن دونهم الى مكة قال وكذلك ان أحرم المكى أولا بالعمرة من وقتها ثم أحرم بالحج رفض عمرته فان مضى عليهما حتى يقضيهما أجزأه وعليه لجمعه بينهما دم فان طاف للعمرة شوطا أو ثلاثة ثم أحرم بالحج رفض الحج فى قول أبى حنيفة وقالا يرفض العمرة وان كان طاف أربعة أشواط ثم أهل بالحج قال هذا يفرغ مما بقى من عمرته (١) ويفرغ من حجته وعليه دم لانه أهل بالحج قبل أن يحل عن العمرة وهو مكى ولا ينبغى لاهل مكة أن يجمعوا بينهما ولو كان كوفيا لم يكن عليه هذا الدم اه ولفظه أظهر فى عدم رفض الحج منه فى الرفض وصرح بذلك صاحب المبسوط شمس الائمة فقال لا يرفض واحدا منهما لان للاكثر حكم الكل فكأنه أحرم به بعد التحلل من العمرة واختار صاحب الهداية وقوم أنه يرفض الحج ان تعذر رفض العمرة ولو كان المكى أهل أولا بالحج فطاف شوطا ثم أهل بالعمرة رفض العمرة وان لم يرفضها وطاف لها وسعى وفرغ منها أجزأه وعليه دم لانه أهل بها قبل أن يفرغ من حجته وفى الكافى اذا خرج المكى الى الكوفة لحاجة فاعتمر فيها وحج من عامه لم يكن متمتعا وان قرن من الكوفة كان قارنا ألا ترى أن كوفيا لو قرن وطاف لعمرته فى أشهر الحج ثم رجع الى أهله ثم وافى الحج فحج كان قارنا ولم يبطل عنه دم القران لرجوعه الى أهله كما يبطل عنه دم المتعة اه وحاصله أن عدم الالمام بالاهل شرط التمتع المشروع دون القران على ما أسلفنا نقله وقررناه بالبحث فى باب التمتع من أن النظر يقتضى اشتراط عدم الالمام للقران كالمتعة *وان كان الثانى وهو الآفاقى فان جمع بينهما أو أدخل احرام الحج على احرام العمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط أو ان لم يطف شيأ فهو قارن وعليه دم شكر وهل يشترط فى كون الجامع على أحد هذه الوجوه قارنا أن يؤدى طواف عمرته أو أكثره فى أشهر الحج تقدم ما نقلناه من عدم اشتراط ذلك وتقدم معه ما أوردناه عليه وان أدخل فيه بعد أربعة فان كان فعلها فى أشهر الحج من غير المام صحيح على ما تقدم فى باب التمتع فهو متمتع ان حج من عامه والا فهو مفرد بهما وان أدخل احرام العمرة على احرام الحج فان كان قبل أن يطوف شيأ من طواف القدوم فهو قارن مسىء وعليه دم شكر وان كان بعد ما شرع فيه ولو قليلا فهو أكثر اساءة وعليه دم اختلف فيه فعند صاحب الهداية وفخر الاسلام أنه

يحلق من الاول فقد جمع وهو جناية فيجب الدم جبرا وجه رواية الجامع الصغير ان هذا الجمع حصل فى

(١) قوله ويفرغ من حجته فى بعض النسخ ويرفض حجته وتأمل وحرر كتبه مصححه

(ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم بعمرة أخرى فعليه دم) يعنى بالاتفاق (لاحرامه قبل الوقت) لان وقته بعد الحلق الاول ولم يوجد (لانه جمع بين احرامى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة) لايحل التناول منه وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير بين فيها لزوم دم الجمع فى العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد عن بيان وجوبه للجمع بين احرامى الحج فى الجامع الصغير وأوجبه فى مناسك المبسوط وقال بعض مشايخنا فى ذلك روايتان وأما وجوبه فى الجمع بين احرامى العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسئلة أيضا دل على أن مذهب محمد فى لزوم الاحرامين كمذهبهما والالزام عنده شئ لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم أحدهما الا اذا أراد بالجمع ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزم الا أحدهما فيستقيم وقوله (ومن أهل بالحج) أى رفع صوته بالتلبية (ثم أحرم بعمرة لزما لان الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاقى والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا) لانه قرن بين النسكين (لكنه أخطأ السنة فيصير مسيأ) لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج آخر الغايتين لكن لما لم يؤد الحج صح لان الترتيب وجد فى الافعال وان فات فى الاحرام فعليه تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج حتى (لو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة كان رافضا لعمرته لانه تعذر عليه أداؤها اذ هى مبنية على الحج غير مشروعة) بل المشروع هو أن تكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة وقوله مبنية نصب على الحال قال فى النهاية والعامل فيها معنى الاشارة فى هى فلذا كانت مقيدة بقيد سيجيء وفيه نظر (فان توجه اليها لم يكن رافضا) حتى لو بدا له فرجع من الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى آخر باب القران حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبى حنيفة الخ (فان طاف للحج) يعنى طواف التحية (ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما) وتفسير المضى أن يقدم أفعال العمرة على أفعال الحج كما هو المسنون فى القران (لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع وعلى مامر) يعنى قوله لان الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاقى

(ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت) لانه جمع بين احرامى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة (ومن أهل بالحج ثم أحرم بعمرة لزماه) لان الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاقى والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه أخطأ السنة فيصير مسيأ (ولو وقف بعرفات ولم يأت بافعال العمرة فهو رافض لعمرته) لانه تعذر عليه أداؤها اذ هى مبنية على الحج غير مشروعة (فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف) وقد ذكرناه من قبل (فان طاف للحج ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما) لان الجمع بينهما مشروع على مامر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف

دم جبر فلا يأكل منه وعند شمس الائمة دم شكر وقولهم رفض العمرة فى هذه الصورة مستحب يؤنس به فى أنه دم شكر وكذا ان أهل بالعمرة بعرفة وان أهل بها يوم النحر وجب رفضها ان كان قبل الحلق اتفاقا والدم والقضاء وان كان بعده اختلف فيه والاصح وجوب الرفض ولو لم يرفض فى الصورتين أجزأه ويجب عليه دم للمضى وكذا اذا أحرم بها بعد مافاته الحج قبل أن يتحلل بافعال العمرة يجب رفض العمرة وكل شئ رفضه يجب لرفضه دم وقضاؤه فان كان عمرة لم يلزمه فى قضائها سوى عمرة وان كان حجة لزمه حج وعمرة أما الحجة فللقضاء وأما العمرة فلانه فى معنى فائت الحج وهو يتحلل بها ثم يقضى الحج شرعا ولذا قلنا لو أحرم بالحجة فى سنته لاعمرة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ولنرجع لنحل كلام المصنف رحمه الله (قوله فعليه دم لاحرامه قبل الوقت) لان وقته بعد الحلق ولم يذكر محمد دما فى الجمع بين الحجتين فى الجامع الصغير وذكره فى الجمع بين العمرتين وأوجبه فى المناسك من المبسوط فجعل بعض المشايخ فيه روايتين وذكر بعضهم انه لا فرق وسكوته فى الجامع ليس نفيا بعد وجود الموجب لان الموجب له فى العمرتين وهو عدم المشروعية ثابت فى الحجتين وماذكر فى الفرق من أنه فى الحجتين لا يصير جامعا فعلا لانه لا يؤدى أفعال الاخرى الا فى سنة أخرى بخلاف العمرة فانه يؤدى الثانية فى هذه السنة فيصير جامعا فعلا لا يتم لان كونه بحيث يتمكن من أداء العمرة الثانية لا يوجب الجمع فعلا فاستويا فالاوجه أنه ليس فيه الا رواية الوجوب (قوله وقد ذكرناه) يعنى فى باب القران (قوله والمراد بهذا الطواف) يعنى فى قوله فان طاف للحج

التوابع فى الاصول فلا يضمن بالدم (قوله فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته) وفى الفوائد وكذلك اذا طاف لعمرته شوطا أو شوطين أو ثلاثة أشواط لان المأتى به أقل أعمالها (قوله وقد ذكرناه من قبل) أى فى آخر باب القران فقال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبى حنيفة رحمه الله أيضا (قوله على مامر) وهو قوله لان الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاقى (قوله

(قوله لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج الى قوله لان الترتيب وجد فى الافعال) أقول فيه بحث فانه استدل بالآية على كونه سنة والسنة ما استند الى النبى صلى الله عليه وسلم لا الى نظم القرآن فتامل وقوله جعل الحج آخر الغايتين يعنى المبدأ والمنتهى وقوله وجد فى الافعال الاولى أن يقال يوجد فى الافعال (قوله والعامل فيها معنى الاشارة فى هى الى قوله وفيه نظر) أقول فان هى ليست من أسماء

فصح الاحرام بهما) وكلامه ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عما اختاره شمس الائمة وقاضيخان والامام المحبوبى أن ذلك دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام فخر الاسلام مثل ماذكر فى الكتاب لانه أخطأ السنة فى بناء أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه فكان كقران المكى وقوله (ويستحب) ظاهر وقوله (ومن أهل بعمرة فى يوم النحر) يعنى قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة لان حكم من أهل بها بعد ماحل من الحجة بالحلق يأتى ذكره كذا فى النهاية والظاهر الاطلاق على ماذكره وقوله (لزمته لما قلنا) يريد قوله لان الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاقى وقوله (ويرفضها) قالوا معناه يلزمه الرفض لانه قد أدى ركن الحج وهو الوقوف فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقوله (وقد كرهت العمرة) وجه آخر فى لزوم الرفض (على ماذكر) اشارة الى مايذكر فى باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهى جائزة فى جميع السنة الا خمسة أيام يكره فعلها فيها وقوله (وعمرة مكانها) أى قضاء للمرفوضة وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع فى الصوم فى يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء اذا أفسده وهنا يلزم أجيب بان مجرد الشروع فى الصوم فيه تحصل به المعصية وهى ترك اجابة ضيافة الله تعالى فيؤمر بالافطار ولا يلزمه القضاء وأما بمجرد الاحرام للعمرة فى هذه الايام فلا تحصل لان المعصية أداء أفعالها فى هذه الايام فيلزمه القضاء لصحة الشروع (وان مضى عليها) أى على العمرة التى أحرم لها يوم النحر وفى بعض النسخ عليهما أى على الحج والعمرة (أجزأه) ودليله ظاهر وقوله (وعليه دم لجمعه بينهما اما فى الاحرام) يعنى ان كان احرام العمرة قبل التحلل بالحلق (أو فى الاعمال الباقية) يعنى اذا كان بعد الحلق وهذا يرشدك الى أن كلام المصنف على اطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الى قوله أو فى الاعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو وكذا قوله وقيل اذا حلق يدل على ذلك لان معناه يلزمه الرفض مطلقا (وقيل اذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ماذكر فى الاصل) قال الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض فى الجامع الصغير وجوابه فى الاصل مشتبه ظاهر ذلك أنه لا يرفضها (وقيل يرفضها احترازا عن النهى) يعنى النهى

التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شئ واذا لم يات بما هو ركن يمكنه أن يأتى بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه (ويستحب أن يرفض عمرته) لان احرام الحج قد تأكد بشئ من أعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها (وعليه دم) لرفضها (ومن أهل بعمرة فى يوم النحر أو فى أيام التشريق لزمته) لما قلنا (ويرفضها) أى يلزمه الرفض لانه قد أدى ركن الحج فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة فى هذه الايام أيضا على مانذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها (وعمرة مكانها) لما بينا (فان مضى عليها أجزأه) لان الكراهة لمعنى فى غيرها وهو كونه مشغولا فى هذه الايام باداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما (وعليه دم لجمعه بينهما) اما فى الاحرام أو فى الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة أيضا وقيل اذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ماذكر فى الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهى

(قوله وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح) فلا فرق فى وجوب الدم بين الصورة الاولى والثانية غير أن الدم فى

وهو دم كفارة) وهو الصحيح قال الامام قاضيخان وهو دم القران لتحقق القران ثم قال ومن المشايخ من قال يكون دم كفارة لانه خالف السنة فكان كقران المكى فيلزمه دم كفارة فلا يأكل منه الحاج (قوله بخلاف ما اذا لم يطف للحج) أى لا يرفضها ويأتى بهما لانه لا يصير بانيا بوجه (قوله لما قلنا) أى لصحة الشروع فيها (قوله على مانذكر) أى فى باب الفوات (قوله وعمرة مكانها) أى قضاء لما رفض من العمرة (قوله لما بينا) يريد به قوله لان الجمع بينهما مشروع ثم فرق بين هذا وبين ما اذا شرع فى الصوم فى يوم النحر ثم أفسد لان ثمة بنفس الشروع لا يصير معتمرا مرتكبا للمنهى عنه فصح شروعه بمنزلة الشروع فى الصلاة فى الاوقات المكروهة فان قيل كيف يكون جامعا بينهما وقد أحرم بالعمرة بعد تمام التحلل من احرام الحج بطواف الزيارة قلنا لانه بقى عليه بعض واجبات الحج وهو رمى الجمار فى أيام التشريق فيصير جامعا بينهما عملا وان لم يكن جامعا بينهما احراما فلذا لزمه الدم (قوله على ظاهر ماذكر) فى الاصل المذكور فيه انه لا يرفضها وقيل انه ليس بجرى على ظاهرها ومعنى قوله لا يرفضها أى لا يرتفض من غير رفض (قوله وقيل يرفضها) احترازا عن النهى وهو النهى عن العمرة فى هذه الايام على مايجىء ان العمرة مكروهة فى

الاشارة بل العامل فيها هو انتساب الخبر الى المبتدا كما صرحوا به (قوله والظاهر الاطلاق على ماذكره) أقول يرشدك اليه قول المصنف اما فى الاحرام أو فى الاعمال الباقية (قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع) أقول والظاهر أنه اشارة الى قوله لصحة الشروع فيها (قوله أجيب بان مجرد الشروع فى الصوم الخ) أقول وان أردت زيادة التفصيل فراجع قبيل باب الاعتكاف من الهداية وشروحها (قال المصنف لان الكراهة لمعنى فى غيرها) أقول لم يبين وجه الخلاص عن بناء أفعال العمرة على أفعال الحج (قوله فلا حاجة الى قوله أو فى الاعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو) أقول يجوز أن يذكره تأكيدا لمعنى الجمع فحينئذ لا يكون قول الشارح لاسيما فى محله (قوله لان معناه يلزمه الرفض مطلقا)

هن العمرة فى هذه الايام كما ذكرنا

(قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا) القول وهو رفض العمرة ومعنى ما ذكر فى

قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا رحمهم الله تعالى على هذا (فان فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فانه يرفضها) لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة على ما يأتيك فى باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين وان أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه والله أعلم

الاولى دم القران للشكر اتفاقا وفى الثانية مختلف فيه ومختار المصنف وفخر الاسلام أنه دم جبر لانه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه لتقديم طواف القدوم واختار شمس الائمة السرخسى أنه شكر وان كان هو أكثر اساءة من الاول فان هذا الطواف لما لم يكن ركنا ولا واجبا أمكنه بناء أفعال العمرة فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج فلا موجب للدم جبرا ولا نسلم بناءه من وجه بسبب تقديم بعض السنن ولو سلم منعنا كون هذا القدر من الوجه الاعتبارى يوجب الجناية الموجبة للدم ولو قال قائل ان طواف القدوم ليس من أفعال الحج أصلا ولا من سنن نفس عبادة الحج بل هو سنة لقدوم المسجد الحرام كركعتى التحية لغيره من المساجد ولذا سقط بطواف آخر من مشروعات الوقت حتى لو لم يدخل المحرم بالحج مكة الا يوم النحر بعد الوقوف سقط استنانه بفعل طواف الافاضة وكذا المعتمر لا يسن فى حقه لاغناء طواف العمرة عنه كما تسقط الركعتان باقامة الفريضة عند الدخول لحصول التحية تعظيما فى ضمن الفرض ولو كان معتبرا سنة نفس العبادة تابعا لها لم يسقط بحال كما لم تسقط سنة الظهر بفعل الفرض فكان أظهر فى الدفع لانه حينئذ لا يكون تقدمه موجبا بناء العمرة من ذلك الوجه أيضا وهذا الوجه الذى ذكرناه هو من كلامهم فى توجيه سقوطه اذا لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ويستلزم أن طواف القدوم لا يسن للقارن لانه يبدأ بطواف العمرة اذا دخل فيحصل المقصود فى ضمنه فان قيل قد ذكرت فيما تقدم من الآثار ما يدل على أنه يطوف طوافين فلا تعارض بما ذكرت من المعنى قلنا فيلزم بطلان سقوطه فيما اذا لم يدخل مكة الا بعد الوقوف يوم النحر فالحاصل أن أحد الامرين لازم والحق أن دلالة الآثار على استنان طوافين للقارن لا يلزمه كون أحدهما للقدوم فادعاء أنه طواف القدوم ادعاء أمر زائد على مقتضى الدليل واعتقادى أن استنانه لايقاع سعى الحج فان السعى لم يشرع الا تبعا على طواف ومعلوم أنه رخص فى تقديم السعى على يوم النحر فكان الثابت فى الآثار بيان طريق تقديم سعى الحج للقارن وعن هذا قلنا فى المتمتع اذا أحرم بالحج بعد الفراغ من العمرة له أن يطوف طوافا يتنفل به ثم يسعى بعده للحج وليس هو طواف القدوم نعم يقتضى أن القارن لو لم يرد تقديم السعى لا يسن فى حقه طواف آخر ولا يلزم من التزامه محال وغاية ما يلزم اذا دل دليل على استنان طوافين مطلقا أعنى غير مقيد بقصد تقديم السعى كون تقديم السعى سنة للقارن ولا ضرر فى التزامه (قوله قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا على هذا) أى على وجوب الرفض وان كان بعد الحلق وصحته

هذه الايام فكان عليه الرفض امتناعا من هذا المنهى بمنزلة من شرع فى صوم يوم الفطر انه يؤمر بالفطر (قوله فان فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فانه يرفضها) وأصل هذا ان الركن الاصلى فى الحج الوقوف بعرفة ومن فاته فعليه ان يتحلل بافعال العمرة للحديث اذا ثبت هذا فنقول فائت الحج محرم باحرام الحج مباشر أفعال العمرة بمنزلة المسبوق اذا قام الى قضاء ما سبق يكون مقتديا فى أصل التحريمة حتى لا يصح اقتداء الغير به منفردا فى الاعمال فيلزمه القراءة ولو سها يلزمه سجدة السهو (قوله من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة) هذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عند أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه ينقلب احرامه احرام العمرة وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فى لزوم الرفض اذا أحرم بحجة أخرى فعندهما يرفضها كيلا يصير جامعا بين احرامى الحجة وعند أبى يوسف رحمه الله لا يرفضها بل يمضى فيها (قوله على ما يأتيك فى باب الفوات) أراد به قوله لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة والله تعالى أعلم

الاصل أنه لا يرفضها أى لا يرتفض من غير رفض وقوله (فان فاته الحج) يعنى فائت الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة اذا أحرم بحجة أو عمرة فانه يرفض التى أحرم بها أما اذا كانت عمرة فلأن فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف رحمهم الله وفائدته تظهر فى حق لزوم الرفض اذا أحرم بحجة أخرى فعندهما يرفضها كى لا يصير جامعا بين احرامى الحج وعند أبى يوسف لا يرفضها بل يمضى فيها وقوله (على ما يأتيك) أراد به قوله لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة لا قوله من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة لان هذا غير مذكور هناك وقوله (فيصير جامعا) أى فائت الحج الذى أحرم بعمرة يصير جامعا (بين العمرتين) أفعالا فيجب أن يرفض العمرة التى أحرم بها (كما لو أحرم بعمرتين وأما اذا كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه والله أعلم

أقول وفيه أنه لو كان المعنى ذلك لكان قوله وقيل برفضها انكرا او لا دلالة لقوله وقيل اذا حلق على ماذكره بل دلالته على التقييد ظاهرة

*(باب

(باب الاحصار) لما كان من الاحصار ما هو جناية على المحرم أعقبه باب الجنايات بباب على حدة تقول العرب أحصر اذا منعه خوف أو عدو أو مرض من الوصول الى اتمام حجته أو عمرته واذا حبسه سلطان أو قاهر مانع يقولون حصر فالمحصر محرم ممنوع عن المضى الى اتمام أفعال ما أحرم لاجله (فاذا أحصر بعدو أو مرض فمنع من المضى جاز له التحلل)

والشافعى رحمة الله حصر الاحصار فى العدو

(باب الاحصار)

(واذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضى جاز له التحلل) وقال الشافعى رحمه الله لا يكون الاحصار الا بالعدو ولان التحلل بالهدى شرع فى حق المحصر لتحصيل النجاة و بالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا أن آية الاحصار وردت فى الاحصار بالمرض باجماع أهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الاحرام والحرج فى الاصطبار عليه مع

بعض المتأخرين لانه بقى عليه واجبات من الحج كالرمى وطواف الصدر وسنة المبيت وقد كرهت العمرة فى هذه الايام أيضا فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب

(باب الاحصار)

هو من العوارض النادرة وكذا الفوات فاخرهما ثم ان الاحصار وقع له عليه الصلاة والسلام فقدم بيانه على الفوات والاحصار يتحقق عندنا بالعدو وغيره كالمرض وهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها فى الطريق وفى التجنيس فى سرقة النفقة ان قدر على المشى فليس بمحصر والا فمحصر لانه عاجز ولو أحرمت ولا زوج لها ولا محرم فهى محصرة لا تحل الا بالدم لانها منعت شرعا آكد من المنع بسبب العدو وقال الشافعى رحمه الله لا احصار الا بالعدو (قوله لان التحلل شرع فى حق المحصر لتحصيل النجاة) من السبب المانع (و بالاحلال ينجو من العدو لا المرض) ولا يخفى أنه يرد على هذا بادئ النظر أن يقال ان قلت انه لم يشرع الا للنجاة من السبب منعنا الحصر وان أردت انه من أسباب شرعيته لم يفد نفى شرعيته فى محل النزاع فلذا جعل بعضهم هذا الوجه مبنيا على الاستدلال بالآية هكذا الآية وردت لبيان حكم احصاره صلى الله عليه وسلم وأصحابه وكان بالعدو وقال فى سياق الآية فاذا أمنتم الى آخرها فعلم أن شرعية الاحلال فى العدو كان لتحصيل الامن منه و بالاحلال لا ينجو من المرض ولا يكون الاحصار بالمرض فى معناه فلا يكون النص الوارد فى العدو واردا فى المرض فلا يلحق به دلالة ولا قياسا لان شرعية التحلل قبل أداء الافعال بعد الشروع فى الاحرام على خلاف القياس فلا يقاس عليه (قوله فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو) أفاد هذا أن مراده بقوله وردت فى الاحصار بالمرض باجماع أهل اللغة أن اجماعهم على أن مدلول لفظ الاحصار المنع الكائن بالمرض والآية وردت بذلك اللفظ فيلزم اجماعهم على أن معناها ذلك الا بناف وهذا لان ذلك نقل عن الفراء والكسائى والاخفش وأبى عبيدة وابن السكيت والقتبى وغيرهم وقال أبو جعفر النحاس على ذلك جميع أهل اللغة ثم المقابلة فى نقله قولهم الاحصار بالمرض والحصر بالعدو ظاهر فى أن الاحصار خاص بالمرض

(باب الاحصار)

المحصر هو الذى أهل بحجة أو عمرة أو بهما ثم منع من الوصول الى البيت لمرض أو عدو أو لغيرهما بان سرقت نفقته أو كانت امرأة فمات محرمها أو زوجها عندنا وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه الاحصار لا يكون الا بالعدو (قوله آية الاحصار) وردت فى الاحصار بالمرض باجماع أهل اللغة أى يجب ان يكون المراد بالآية المرض نظرا الى موضوع اللغة قال أهل اللغة الحصر بالعدو والاحصار بالمرض كذا ذكره القتبى والزجاج وابن السكيت وذكر فى الاسرار فان قيل كيف يستقيم الحمل على المرض والآية نزلت فى رسول الله عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم وكان المنع بالعدو قلنا ان النصوص اذا وردت لاسباب لم يتعلق بها الا ان يكون السبب منقولا عنها كقول الراوى سها رسول الله عليه السلام فسجد فاما اذا وردت مطلقة عن

وقال المريض ليس له ان يتحلل الا أن يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصير الى أن يبرأ (لان التحلل بالهدى شرع فى حق المحصر لتحصيل النجاة) بالاحلال والنجاة بالاحلال لا تكون الا من العدو ولان ما به من المرض لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلى به يزول بالتحلل لانه يرجع الى أهله فيندفع عنه شر عدوه (ولنا أن آية الاحصار وردت فى الاحصار بالمرض باجماع أهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو) واذا وردت فيه كانت دلالته على الاحصار بالمرض أقوى وفيه بحث من وجهين الاول كان من حق الكلام أن يقول باجماع أهل التفسير لان أهل اللغة لا تعلق لهم بورود الآية وسبب نزولها والثانى أنها نزلت فى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول أن معناه بدلالة اجماع أهل اللغة أجمعوا على معنى دل ذلك المعنى أن تكون الآية واردة فى الاحصار بمرض وعن الثانى بما بين

النصوص الواردة مطلقة يعمل بها على اطلاقها من غير حمل على الاسباب الواردة هى لاجلها وقوله (والتحلل قبل أوانه) استدلال بمعقول فيه شائبة التنزل كانه قال سلمنا ان آية الاحصار وردت فى الحصر بالعدو ولا فرق بين الاحصار والحصر لكن المرض ملحق به بالدلالة لان التحلل قبل أوانه (لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الاحرام والحرج فى الاصطبار على الاحرام مع

المرض أعظم واذا جازله التحلل

والحصر خاص بالعدوّ ويحتمل أن يراد كون المنع بالمرض من ماصدقات الاحصار فان أراد الاول ورد عليه كون الآية لبيان حكم الحادثة التى وقعت للرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم واحتاج الى جواب صاحب الاسرار وحاصله كون النص الوارد لبيان حكم حادثة قد ينتظمها لفظا وقد ينتظم غيرها مما يعرف به حكمها دلالة وهذه الآية كذلك اذ يعلم منها حكم منع العدو بطريق أولى لان منع العدوّ حسى لا يتمكن معه من المضى بخلافه فى المرض اذ يتمكن منه بالمحمل والمركب والخدم فاذا جاز التحلل مع هذا فمع ذلك أولى الا انه مناف لما ذكره المصنف من الوجه المعقول وهو قوله ولان التحلل انما شرع لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الاحرام والصبر عليه مع المرض أعظم فانه يفيد أن حكم التحلل مع المرض أولى منه مع العدوّ فلا يكون النص عليه مع المرض يفيده مع العدوّ بطريق الدلالة ولا تندفع المنافاة بقولنا ان هذا مذكور بطريق التنزل فى معنى الآية أى لو سلمنا انها فى الاحصار بالعدوّ فيثبت فى المرض بطريق أولى لان المذكور على تقدير التسليم مدعى حقيقة وعلى تقديره يلزم ماذكرنا والاولى ارادة الاول وهو محمل قول أهل اللغة الاحصار بالمرض لقوله تعالى للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله والمراد منعهم الاشتغال بالجهاد وهو أمر راجع الى العدو أو المراد أهل الصفة منعهم تعلم القرآن أو شدة الحاجة والجهد عن الضرب فى الارض للتكسب وقال ابن ميادة

وماهجر ليلى أن تكون تباعدت * عليك ولا أن أحصرتك شغول

وليس هو بالمرض وفى الكشاف يقال أحصر فلان اذا منعه أمر من خوف أو مرض أو عجز وحصر اذا حبسه عدوّ عن المضى أو سجن ومنه قيل للمحبس الحصير وللملك الحصير هذا هو الاكثر فى كلامهم اه وفى نهاية ابن الاثير يقال أحصره المرض أو السلطان اذا منعه من مقصده فهو محصر وحصره اذا حبسه فهو محصور والمعارضة مع ذلك بين جواب الشيخين قائمة والاقرب حينئذ كلام المصنف لان الظاهر كون الآية تنتظم الحادثة لفظا ولو بعمومها أو على التقدير انتفى نفى الشافعى الحاق المرض بالعدو وقصر افادة الآية على شرعيته للنجاة من العدو ثم وجدناه واقعا فى الحديث روى الحجاج بن عمرو الانصارى أنه صلى الله عليه وسلم قال من كسر أو عرج فعليه الحج من قابل فذكرت ذلك لابن عباس وأبى هريرة فقالا صدق رواه الخمسة قال الترمذى حديث حسن وفى شرح الآثار حدثنا فهد حدثنا على بن معبد بن شداد العبدى صاحب محمد بن الحسن قال حدثنا جرير بن عبد الحميد عن منصور عن ابراهيم عن علقمة قال لدغ صاحب لنا وهو محرم بعمرة فذكرناه لابن مسعود فقال يبعث بهدى ويواعد أصحابه موعدا فاذا نحر عنه حل وبه الى جرير عن الاعمش عن عمارة بن عمير عن عبد الرحمن بن يزيد قال قال عبد الله ثم عليه عمرة بعد ذلك وهذان يفيدان شرعيته لدفع أذى امتداد الاحرام مع الحابس عن الاعمال وقد يقال حديث من كسر غير مصرح بجواز الاحلال فيجوز كون المراد أنه اذا حبس بذلك حتى فاته الحج فعليه الحج من قابل فاذا قامت الدلالة على أن شرعيته للحابس مطلقا استفيد جوازه لمن سرقت نفقته ولا يقدر على المشى لان قدر كذا عن أبى يوسف ولا يبعد أن لا يجب المشى فى الابتداء ويلزم بعد الشروع كالفقير اذا شرع فى الحج والمرأة اذا مات محرمها فى الطريق أو زوجها فى غير محل اقامة ولا قريب منه وبينها وبين مكة أكثر من ثلاثة أيام على مايعرف فى باب العدة ان شاء الله تعالى وأما الذى ضل الطريق فهو محصر الا أنه يزول احصاره بوجود من يبعث معه هدى التحلل فانه به يذهب المانع اذ يمكنه الذهاب معه الى مكة فهو كالمحصر الذى لا يقدر على الهدى

الاسباب فتعمل بظاهرها ولا تحمل على السبب ثم ان كان التاويل هو المنع مطلقا عرفوا الاحلال بنص مطلق وان كان التاويل هو المنع بالمرض عرفوا الاحلال بالعدو بمدلول هذا اللفظ فان النص لما أباح الاحلال بمنع من جهة المرض فالمنع من جهة العدو أولى بالاباحة لان منع العدو أشد فانه حقيقى لا يندفع

المرض أعظم) لامحالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة الى ماهو بجناية على الاحرام وقوله (واذا جاز التحلل) يعنى اذا ثبت بماذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر

يقال

(يقال له ابعث شاة تذبح فى الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وهذا على قول أبى حنيفة رحمة الله لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة ليعرف وقت الاحلال وأما عندهما فدم الاحصار فى الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه

(يقال له ابعث شاة تذبح فى الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا فى زمان أو مكان على مامر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فان الهدى اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعى رحمه الله لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف

فيبقى محرما الى أن يحج ان زال الاحصار قبل فوات الحج أو يتحلل بالطواف والسعى ان استمر الاحصار حتى فاته الحج هذا اذا ضل فى الحل أما ان ضل فى أرض الحرم فعلى قول من أثبت الاحصار فى الحرم اذا لم يجد أحدا من الناس له أن يذبح ان كان معه الهدى ويحل كذا ذكر والذى يظهر من تعليل منع الاحصار فى الحرم تخصيصه بالعدو وأما ان أحصر فيه بغيره فالظاهر تحققه على قول الكل والله أعلم وأحكم (قوله وواعد) الاحتياج الى المواعدة على قول أبى حنيفة لانه يجوز ذبح هدى الاحصار قبل يوم النحر أما على قولهما فلا حاجة لانه ماعينا يوم النحر وقتاله وقوله ثم تحلل يفيد أنه لا يتحلل قبله حتى لو ظن المحصر أن الهدى قد ذبح فى يوم المواعدة ففعل من محظورات الاحرام ثم ظهر عدم الذبح اذ ذاك كان عليه موجب الجناية وكذا لو ذبح فى الحل على ظن أنه ذبح فى الحرم وما أكل منه الذى معه ضمن قيمته يتصدق بها عن المحصران كان غنيا (قوله واليه) مرجع الضمير التوقف بالحرم المفهوم من قوله يذبح فى الحرم مع قوله والاراقة لم تعرف قربة الا فى زمان أو مكان والآية وهى قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله اما فى الاحصار بخصوصه أو فيه وفى غيره أو هو من عموم اللفظ الوارد على سبب خاص فيتناول منع الحلق قبل الاعمال فى الاحصار وبعدها فى غيره الى أن يبلغ الهدى محله وبين محله بقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق وعنها قلنا اذا لم يجد المحصر الهدى يبقى محرما حتى يجده فيتحلل به أو يتحلل بالطواف والسعى ان لم يجده حتى فاته الحج فان استمر لا يقدر على الوصول الى مكة ولا الى الهدى بقى محرما أبدا هذا هو المذهب المعروف ولو سرق الهدى بعد ذبحه لا شئ عليه فان لم يسرق تصدق به فان أكل منه الذابح ضمن قيمة ماأكل ان كان غنيا يتصدق به عن المحصر وعن أبى يوسف فى المحصر ان لم يجد هديا قوم الهدى طعاما وتصدق به على كل مسكين نصف صاع أو يصوم مكان كل مسكين يوما فيتحلل به رواه عن عطاء قال فى الامالى وهذا أحب الى قلنا هذا قياس يخالف النص فى عين المقيس فلا يقبل وقال التمرتاشى ان لم يجد بقى محرما وقيل يصوم عشرة أيام ثم يتحلل وقيل ثلاثة أيام وقيل بازاء كل نصف صاع يوما ومن أحصر فوصل الى مكة لم يبق محصرا على قول الامام على ماسيأتى فان لم يقدر على الاعمال صبر حتى يفوته الحج ويتحلل بافعال العمرة وقد ذكرنا أنه يجب أن يكون هذا فى الاحصار بالعدو وكذا قيل لو قدم قارن فطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج الى بعض الآفاق قبل الوقوف وأحصر فانه يبعث بهدى ويحل به ويقضى حجة وعمرة لحجته ولا عمرة عليه لعمرته مع انه طاف وسعى

ومنع المرض مما يزول بالدابة والمحمل (قوله تذبح فى الحرم) دم الاحصار يختص بالحرم عندنا وعند الشافعى رحمة الله تعالى عليه لا يختص به لكنه يذبح الهدى فى موضع أحصر فيه (قوله وواعد من يبعثه بيوم بعينه) هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وأما عندهما فدم الاحصار موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة عندهما فى المحصر عن الحج وانما الاحتياج الى المواعدة فى المحصر بالعمرة وانما قيد بقوله يذبح فيه ثم يحلل لانه اذا ظن المحصر انه ذبح هديه ففعل مايفعل الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه ما على الذى ارتكب محظورات احرامه لبقاء احرامه كذا ذكره الامام قاضى خان رحمة الله تعالى عليه (قوله واليه الاشارة) أى الى المعنى الفقهى الذى ذكرناه وهو ان الاراقة لم تعرف قربة الا فى مكان مخصوص والا فلا آية صريحة فى حكم المسئلة (قوله ثم تحلل) اشارة الى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما

وانما يحتاج اليها فى العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء أقام بمكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب يخير بين المقام والانصراف قال فى النهاية انما قيد بقوله يذبح فيه ثم يتحلل لانه اذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذى ارتكب محظورات الاحرام لبقاء احرامه كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله (وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا فى زمان أو مكان على مامر) فدم الاحصار لا يعرف قربة بدون أحد هذين (فلا يقع به التحلل) وقد عين الشارع المكان باشارة (قوله ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فان الهدى اسم لما يهدى الى الحرم) والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس ثم نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدى موضع حله ثم فسر المحل بقوله ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا تراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم وهذا واضح (وقال الشافعى رحمه الله لا يتوقف بالحرم لانه شرع

(باب الاحصار) (قال المصنف واليه الاشارة) أقول مرجع الضمير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح فى الحرم مع قوله والاراقة لم تعرف قربة الا فى زمان أو مكان

رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى أصل التخفيف لانهايته) ولهذا لم يستحق التخفيف من لم يجد الهدى بل يبقى محرما أبدا ولان نهايته لو كانت مراعاة لتحلل فى الحال كما قال مالك رحمه الله وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه وقوله (وتجوز الشاة) ظاهر وذكر فى المحيط أنه اذا كان معسرا لا يجد قيمة شاة أقام حراما حتى يطوف و يسعى كما يفعله فائت الحج وقوله (وقال أبو يوسف عليه ذلك) أى الحلق (ولولم يفعل لاشئ عليه لان النبى صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه بذلك) فان قيل هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى لا يفعل قربة دليل الوجوب فكيف اذا أمر غيره بذلك وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولولم يفعل لاشئ عليه فاين دليله (٥٤) أجيب بان هذه المسئلة عن أبى يوسف فيها روايتان فى رواية يجوز وفى أخرى واجب

قلنا المراعى أصل التخفيف لانهايته وتجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدى والشاة أدناه وتجزيه البقرة والبدنة أو سبعهما كما فى الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لاشئ عليه لانه صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه رضى الله عنهم بذلك ولهما أن الحلق انما عرف قربة مرتبا على أفعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال (وان كان قارنا بعث بدمين) لاحتياجه الى التحلل من احرامين فان بعث بهدى

لحجته ولا يحل بذلك لان ذلك انما يجب بعد الفوات ولو أحصر عبد أحرم بغير اذن مولاه بعث المولى الهدى ندبا ولو كان أحرم باذنه اختلفت الرواية فى وجوب بعث المولى وعدمه بل يجب على العبد عند العتق (قوله ولنا أن المراعى أصل التخفيف لانهايته) لم يذكر فى كلام الشافعى أنه اعتبر نهاية التخفيف لكن دعواه القائلة ان التوقيت يبطل التخفيف وحاصل الجواب أن يقال ان قلت ان المراعى نهاية التخفيف منعناه وأما أصله فبالتوقيت لا ينتفى أصل التخفيف بالكلية لتيسر من يرسل معه الهدى عادة من المسافرين وأما الاستيضاح على كون المراعى أصل التخفيف بانه لو لم يجد هديا يبقى محرما أبدا فلا يرد عليه لان الشافعى لا يقول به بل اذا لم يجده عنده قومت شاة وسط فيصوم عن كل مد من قيمتها يوما وفى قول عشرة أيام كما فى العجز عن هدى المتعة عنده والجواب ما تقدم والمعول عليه الترديد الذى ذكرناه (قوله اشارة الى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير) والا قال ثم احلق ونحوه فلما عدل الى المعنى الاعم استفدنا عدم تعين الحلق وقوله وهو قول أبى حنيفة ومحمد أطلقه عنهما وفى الكافى انما لا يحلق اذا أحصر فى الحل أما اذا أحصر فى الحرم فيحلق لان الحلق موقت بالحرم عندهما فعلى هذا كان حلقه صلى الله عليه وسلم لكونه فى الحرم لان بعض الحديبية من الحرم على ما قدمه المصنف ولما لم يقل المصنف فى جواب أبى يوسف عن حلقه صلى الله عليه وسلم لانه كان فى الحرم بل ان حلقه كان ليعرف بتشديد الراء أو بتخفيفها مبنيا للمفعول استحكام عزيمتهم على الانصراف أى ليعرف المشركين ذلك فلا يشتغلوا بامر الحرب كان ظاهرا فى اعتقاده اطلاق الجواب فلا يجب عندهما الحلق سواء

الله فان قيل قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله دليل على الحلق لان الآية نزلت فى المحصر كذا ذكره فى الكشاف ثم لما كان المحصر منهيا عن الحلق قبل الغاية كان مامورا بالحلق بعد الغاية لان حكم ما بعد الغاية يخالف لما قبلها قلنا المحصر منهى عن الحلق بهذه الآية حتى يبلغ الهدى محله فذلك دليل الاباحة بعد بلوغ الهدى لا دليل الوجوب كما فى سائر المحظورات مع ان الحلق وجب عليه للاحلال والدم أقيم مقامه فيستغنى بذلك عن الحلق (قوله وان كان قارنا بعث بدمين) ثم لا يحتاج الى ان يتعين

والمصنف أورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل أبى حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها وقوله (ولهما أن الحلق انما عرف قربة) يعنى أن كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه (مرتبا على أفعال الحج) فلا يكون فى غير المرتب قربة وأما حلق النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيامنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة أخرى بعد الصلح قوله (وان كان) المحصر (قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدى

(قوله فان قيل هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبى صلى الله عليه وسلم الخ) أقول قال علماء الاصول اذا نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم فعل فان كان سهوا أو طبعا أو خاصا به فلا ايجاب اجماعا وان كان بيانا لمجمل يجب اتباعه اجماعا وان كان غير ذلك فهل يجب اتباعه أم لا قال البعض من الشافعية نعم وقال الاكثرون لا وهو المختار اذا عرفت هذا عرفت أن قوله ان مجرد فعل النبى صلى الله عليه وسلم الخ يتطرق اليه المنع ثم ان أمره هذا لو كان للوجوب لما خالفه الصحابة على ما نقل فى الصحاح (قوله أجيب بان هذه المسئلة عن أبى يوسف الى قوله والمصنف أورد دليل رواية الوجوب الخ) أقول فيكون فى عبارة المصنف الباس حيث يفهم منه أن الثانى من تتمة الاول وهو الظاهر وقوله عليه ذلك أى يستحب وقد استعمل عليه فى هذا المعنى فى فصل المحرمات من النكاح وقوله ولولم يفعل لاشئ عليه قرينة لذلك

واحد ليتحلل عن الحج و يبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة) لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا و بالهدى الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له أن يتحلل أصلا فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق فى التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الاحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدى واحد أجيب بجوابين أحدهما أن الحلق فى الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى فى غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة تكفى لصلوات كثيرة وأما الهدى فانه شرع للتحلل الا أنه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا اجاز النذر به وما هو قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كافعال الصلاة والثانى أن الحلق محظور الاحرام وانما يصير قربة بسبب التحلل فان تكرر فلا يخلو اما أن يكون التحلل واقعا بالاول أو بالثانى فان وقع بالاول كان الثانى لغوا وان وقع بالثانى كان الاول جناية فاما الذبح (٥٥) فليس بمحظور الاحرام فصح الجمع وقوله (ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا فى الحرم) انما أعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله و يجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة فى بيان أن دم الاحصار أعرف فى اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه أصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه وقوله (اعتبارا بهدى المتعة والقران) تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا فى يوم النحر وأما قوله (و يجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) فبالاتفاق فلا يحتاج الى تعليل (وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل) فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح وقوله (ولابى حنيفة) ظاهر وقوله (بخلاف دم المتعة والقران) جواب عن اعتبارهما صورة النزاع بهما (لانه) أى دم

واحد ليتحلل عن الحج و يبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة (ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا فى الحرم و يجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا فى يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) اعتبارا بهدى المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابى حنيفة رحمه الله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك و بخلاف الحلق لانه فى أوانه لان معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهى به قال (والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة)

أحصر فى الحل أو الحرم (قوله لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة) أى ليس غير قال صلى الله عليه وسلم فلا أحل حتى أحل منهما جميعا فى الصحيح (قوله وربما يعتبرانه الخ) أما اعتبارهما اياه بالحلق فبجامع أنه محلل وهو الزامى فانهما لا يقولان بتوقت الحلق فى الحرم بل من حيث السنية والمحق هنا عندهما اللزوم والالزامى لا يفيد فى المطلوب شيأ لانه لو اعترف الخصم بالخطا فى أحدهما فقال اعترف بالخطا فى أحد الامرين من عدم توقيت الذبح بالزمان أو توقيت الحلق به لم يلزم خطؤه فى محل النزاع عينا وأما اعتبارهما بهدى المتعة والقران فبجامع أنه هدى تتعلق القربة فيه بنفس الاراقة وهو معارض بالقياس على سائر دماء الكفارات وهذا اولى لان الجامع فى قياسهما انما هو أثره فى توقته بالمكان بسبب أنه اسم اضافى اذ معناه ما يهدى الى مكان وذلك المكان هو الحرم بالاتفاق والنص وهو قوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق

الذى للعمرة منهما والذى للحج لان هذا تعيين غير مفيد فان قيل يجب ان يكتفى بهدى واحد لان الهدى شرع للتعجيل والتحلل عن احرامين يقع بتحلل واحد كما لو حلق قبل الذبح بعد أداء الافعال والجواب ليس هذا كالحلق لان الحلق فى الاصل محظور للاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى فى غيره لا لعينه فينوب الواحد عن اثنين كالطهارة الواحدة تكفى لصلوات كثيرة فاما الهدى شرع للتحلل الا انه قربة مقصودة بنفسها بدون التحلل كما فى الاضحية وما شرع قربة بنفسها لا ينوب الواحد عن اثنين كافعال الصلاة (قوله اعتبارا بهدى المتعة) متصل بقوله لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا فى يوم النحر (قوله والعمرة) وأما قضاء العمرة فلانه فى معنى فائت الحج من حيث انه خرج منه بعد صحة الشروع وقبل أداء

المتعة والقران (دم نسك) وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا وقوله (و بخلاف الحلق) جواب عن اعتبارهما الآخر وبيانه أن التحلل على نوعين تحلل فى أوانه وهو الذى يترتب على أفعال ما أحرم لاجله وتحلل قبل أوانه وهو ما ليس كذلك والاول لابد له من التوقيت بيوم النحر لان الركن الاصلى هو الوقوف بعرفة (وهو ينتهى به) أى بوقت الحلق لان وقته يمتد الى طلوع الفجر من يوم النحر فلا بد أن يقع الحلق فى يوم النحر وأما الثانى فانه لا يتوقف على أداء الافعال فيجوز تقديمه لعدم الضرورة الداعية الى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثانى فكان قياسه على الاول قياسا مع وجود الفارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى من غير اشتراط زمان فاشتراطه بالقياس نسخ قال (والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة

(قوله فلا يحتاج الى تعليل) أقول مع أن تعليله ظاهر وهو عدم توقت العمرة فلا يتوقت التحليل منه أيضا فضلا عن تحليل المحصر

هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم) فالاقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والحديث عام فى الذى فاته الحج بفوات وقت الوقوف وفواته بالاحصار لان كل واحد منهما قد فاته عرفة فقلنا بوجوب العمرة وأما الحجة فانما تجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل العمرة فى فائت الحج للتحلل والتحلل ههنا حصل بالهدى فلا حاجة الى ايجاب

العمرة قلنا هذا رأى فى مقابلة النص لما روى سالم عن ابن عمر رضى الله عنهم أنه كان يقول حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس أحدكم عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شئ حتى يحج عاما قابلا وقوله (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) يدل على أن الاحصار عن العمرة متصور وقال مالك هو غير متحقق فى العمرة (لانها لا تتوقت ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا) صح فى كتب الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء (ولان التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود فى احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما فى الحج

هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها والعمرة لما أنه فى معنى فائت الحج (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا أن النبى عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود فى احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما فى الحج

وتوقته بالزمان ليس معلولا لكونه هديا بل اتفق معه اتفاقا حكما شرعيا لم يظهر تأثيره فيه فكان وصفا طرديا فى حق هذا الحكم فلا يعلل به بخلاف دماء الكفارات فان الكفارات مؤثرة فى ستر الجناية وهذا كذلك فانه يمنع التأثيم فى مباشرة محظورات الاحرام كما أن ذلك برفعه ومعنى ستر الجناية مؤثر فى عدم التأخير ما أمكن ولازمه جوازه قبل يوم النحر وهو المطلوب مع أن قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى مطلق فلا ينسخ اطلاقه بما ذكرناه لو صح (قوله هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر) وذكره الرازى عن ابن عباس وابن مسعود ثم ذكر وجهه من القياس وهو على فائت الحج وقد يورد عليه أن وجوب العمرة على فائت الحج انما هو للتحلل بها والمحصر يتحلل بالهدى فلا تجب العمرة عليه والجواب أن الهدى لتعجيل الاحلال قبل الاعمال وهذا لانه قد تحقق من الشرع ألا متى صح الشروع فى الاحرام انعقد لازما ولا يخرج عنه الا بأداء الافعال أى أفعال حج أو عمرة حتى انه اذا فاته ما أحرم به من الحج لم يسوغ خروجه الا بافعال هى أفعال عمرة واذا أحرم بالحج ينوى الفرض ثم ظهر له أنه كان أداه لزمه المضى فيه بخلاف الصلاة والصوم حيث لا يلزم بالشروع فيه مظنون الوجوب واذا أفسده وجب المضى فى الفاسد ولا يخرج عن عهدته الا بالافعال بخلاف سائر العبادات واذا صح شروع المحصر لا يتحلل بمقتضى ما ذكرنا الا بافعال عمرة كفائت الحج فانه عجز عن الاتمام بعد الشروع فاذا لم يفعل وجب أن يحكم بوجوب قضائها ردا الى ما عهد من أمر الحج فى الشرع وان الدم وجب عليه بتعجيل الاحلال قبل الاعمال وهو لا ينفى بقاء ذلك الواجب وعن هذا قلنا لو لم يحل حتى تحقق بوصف الفوات تحلل بالافعال بلا دم ولا عمرة فى القضاء ثم ما ذكرناه من وجوب الحجة والعمرة فى القضاء على المحصر هو فيما اذا قضاها من قابل فلو قضى الحجة من عامه لا تجب معها عمرة لانه لا يكون كفائت الحج كذا عن أبى حنيفة وعنه لا يحتاج الى نية التعيين اذ قضاها فى تلك السنة ذكرهما محمد فى الاصل وروى الحسن عن أبى

الاعمال وعلى فائت الحج التحلل بافعال العمرة فاذا لم يأت بها فعليه قضاء العمرة أيضا فان قيل انه شرع فى الحج فكيف يجب عليه أفعال العمرة وهو لم يشرع فيها قلنا العمرة بعض الحج ودونه فجاز ان يتادى باحرام الحج كصلاة النفل فانها بعض الفرض ودونه فيتادى باحرام الفرض بان يصلى الظهر ستا فان الركعتين الاخريين نفل وقد أداها باحرام الفرض فان قيل هذه العمرة التى تلزمه بالفوت لا يجب قضاؤها كالمكفر بالصوم اذا أيسر ثم أفطر قلنا ان من شرع فى الحج بنية الفرض ثم تبين انه أدى الفرض فافسد النفل لزمه القضاء لان الاحرام بالحج أو بالعمرة لازم بقصد وبغير قصد بخلاف الصوم والصلاة فان قيل العمرة للتحلل فى فائت الحج وقد حصل التحلل بالهدى قلنا فائت الحج تجب عليه أفعال العمرة وبعث دم الاحصار لاستعجال التحلل ودفع ضرر دوام الاحرام لا لسقوط ما وجب عليه بفوات الحج لان وجب الدم بالكتاب والعمرة بالاثر (قوله فان بعث القارن هديا) أى ما يجب عليه من الهدى أراد به الجنس ولذلك لم يتعرض العدد الواجب عليه لانه معلوم ان على القارن هديين فاستغنى بذلك عن التنصيص عليه وقيل القارن ههنا وقع غلطا من الكاتب وبيان الغلط من وجهين احدهما ذكر أن عليه هديين والثانى ان

(قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل) أقول قوله فليحل بعمرة يدل على أن المراد هو فائت الحج بغير الاحصار اذ تحلل المحصر بالهدى لا بالعمرة فتأمل (قوله قلنا هذا رأى فى مقابلة النص الخ) أقول غرض المعترض أن قياسكم على فائت الحج لا يصح لوجود الفارق وقد حصل والحديث الذى رواه يدل على أن التحلل انما يكون فى المحصر بالعمرة وليس الامر كذلك الا أن يقال للحديث دلالتان وجوب العمرة على المحصر وكون التحلل بعد العمرة والنظم يدل على كون التحلل بالهدى فلا يعمل بالدلالة الثانية

على القارن حجة وعمرتان أما الحج واحداهما فلما بينا) يعنى فى المفرد من كونه بمعنى فائت الحج (وأما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها) وقوله (فان بعث القارن هديا) قال صاحب النهاية ذكر القارن ههنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ فالصواب أن يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من وجهين أحدهما انه ذكر فان بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فانه لا يتحلل بالواحد لانه ذكر قبل هذا فى هذا الباب فان كان قارنا بعث بدمين والثانى أن المصنف جمع بين روايتى القدورى والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة فى هذين الكتابين فى حق المحصر بالحج وأقول لما كان كلام المصنف قبل هذا فى القارن

لم يردف النظم فقال فان بعث القارن هديا والهدى اسم لما يهدى الى الحرم سواء كان ذلك دمين أو دما واحدا أو ثوبا ولو كان ذكر أن الواجب عليه دمان وهما هدى القارن فكانه قال فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غلط فى الكلام ولا من نسخه بل ربما لو قال فان بعث المحصر كان ملبسا فى حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم جنس ما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد الانواع وليس بمقصود أو العدد وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا (وواعدهم أن يذبحوه فى يوم بعينه ثم زال الاحصار) ثم ان ههنا وجوها أربعة بحسب القسمة العقلية لانه اما أن لا يدرك الحج والهدى أو يدركهما أو يدرك الهدى دون الحج أو بالعكس والكل مذكور فى الكتاب ففى الوجه الاول (لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الافعال وان توجه

(وعلى القارن حجة وعمرتان) أما الحج واحداهما فلما بينا وأما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها (فان بعث القارن هديا وواعدهم أن يذبحوه فى يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدى لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدى) لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج (وان كان يدرك الحج والهدى

حنيفة أنه عليه حجة وعمرة فى الوجهين وعليه نية القضاء وهو قول زفر وعلى هذا الاختلاف والتفصيل ما اذا احرمت المرأة بحجة تطوع فمنعها زوجها وحللها ثم أذن لها بالاحرام فاحرمت من عامها أو تحولت السنة واذا قضاهما من قابل ان شاء قرن بهما وان شاء أفردهما * واعلم أن نية القضاء انما تلزم اذا تحولت السنة اتفاقا فيما اذا كان الاحصار بحج نفل أما اذا كان بحجة الاسلام فلا لانها قد بقيت عليه حين لم يؤدها فينوى حجة الاسلام من قابل (قوله لانها لا تتوقت) فلا يتحقق خوف الفوات قلنا خوف الفوات ليس هو المبيح للتحلل والا لم يجز التحلل لانه اذا فاته الحج يتحلل بافعال العمرة وذلك لا يفوت فعلم أن التحلل انما أبيح لما قدمناه من ضرر امتداد الاحرام مع ظهور عجزه عن الاداء * ومن فروع الاحصار بالعمرة رجل أهل بنسك مبهم فاحصر قبل التعيين فعليه أن يبعث بهدى واحد ويقضى عمرة استحسانا وفى القياس حجة وعمرة لان احرامه ان كان للحج لزماه فكان فيه الاحتياط لكنه استحسن المتيقن وهو العمرة فتصير هى دينا فى ذمته وفيه نظر ولانه كان متمكنا من الخروج عن هذا الاحرام باداء عمرة فكذا بعده وعن هذا أيضا قلنا لو جامع قبل التعيين لزمه دم للجماع والمضى فى أفعال العمرة وقضاؤها بخلاف ما لو كان عين نسكا فنسيه ثم أحصر لان هناك تيقنا عدم نية الحج وهنا جاز كون المنوى كان الحج فيحل بهدى وعليه حجة وعمرة لهذا الاحتياط ولو أحرم بشيئين والباقى بحاله فاحصر بعث بهديين ويقضى حجة وعمرتين استحسانا وقد قدمنا هذه (قوله وعلى القارن حجة وعمرتان) يقضيهما بقران أو افراد وهذا اذا لم يقض فى سنة الاحصار وأما اذا زال الاحصار بعد التحلل بالذبح والوقت يسع لتجديد الاحرام والاداء ففعل فلا عمرة عليه لقران على ما هو رواية الاصل (قوله فان بعث القارن هديا) الصواب المحصر مكان القارن وهذا غلط ظاهر فى النسخ أما أولا فلان هذا الحكم لا يخص القارن فالحاجة الى بيانه مطلقا الا على خصوص القارن وأما ثانيا فلان القارن انما يبعث بدمين (قوله فان كان لا يدرك الخ) حاصل وجوه المسئلة أنه اذا زال الاحصار بعد البعث فاما أن يكون بحيث يدرك الهدى والحج أو لا يدركهما أو يدرك الحج فقط أو الهدى فقط وهذا التقسيم على قول أبى حنيفة كما ذكره المصنف وذكر أحكام الاقسام وهى ظاهرة (قوله وان توجه ليحل بافعال العمرة له ذلك)

المصنف التزم الجمع بين روايتى القدورى والجامع الصغير والمذكور فى القدورى واذا بعث المحصر هديا وكذا المذكور فى الجامع الصغير المحصر مكان القارن (قوله وان كان لا يدرك الحج والهدى لا يلزمه ان يتوجه) فان قيل كان ينبغى ان يؤمر بالتوجه ليتحلل بالطواف والسعى بمنزلة فائت الحج قلنا ان الطواف والسعى فى حق فائت الحج غير مقصود لعينه لكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدى (قوله وان توجه ليتحلل بالعمرة فله ذلك) لان فائت الحج يتحلل باعمال العمرة وله فى هذا التوجه ليتحلل بافعال العمرة فله ذلك لانه فائت الحج) فان قيل اذا كان فى معنى فائت الحج وجب أن يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعى حتما كفائت الحج أجيب بان الطواف والسعى فى حق فائت الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدى الذى بعثه لينحر عنه فله أن يقتصر بذلك ثم يقضى العمرة وله أن يتوجه لئلا

(قوله وأقول لما كان كلام المصنف قبل هذا فى القارن لم يردف النظم فقال فان بعث القارن هديا) أقول هذا عذر بارد (قوله بل ربما لو قال فان بعث المحصر كان ملبسا فى حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم جنس ما يهدى فلا يثنى الخ) أقول فيه بحث

يلزمه قضاء العمرة وفى الوجه الثانى يلزمه التوجه (لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف) كالمكفر بالصوم اذا أيسر قبل اتمام الكفارة به (واذا أدرك هديه صنع به ماشاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه) وفى الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفى الوجه الرابع جاز له التحلل (وهذا التقسيم) يعنى الوجه الرابع (لا يستقيم على قولهما فى المحصر بالحج) على ماذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (وحرمة المال كحرمة النفس) يعنى كما أن خوف النفس كان عذرا له فى التحلل فكذلك الخوف على ماله لكن الافضل أن يتوجه فان قلت هذا الذى ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة

النفس مخالف لما قاله فخر الاسلام والاصوليون أن حرمة النفس فوق حرمة المال فجاز

لزمه التوجه) لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا أدرك هديه صنع به ماشاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه (وان كان يدرك الهدى دون الحج يتحلل) لعجزه عن الاصل (وان كان يدرك الحج دون الهدى جاز له التحلل) استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما فى المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدى وانما يستقيم على قول أبى حنيفة رحمه الله وفى المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدى وجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدى يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر فى ذلك المكان أو فى غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدى النسك الذى التزمه بالاحرام وهو أفضل لانه أقرب الى الوفاء بما وعد (ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا) لوقوع الامن عن الفوات

وله فى هذا فائدة هى أنه لا يلزمه عمرة فى القضاء فان قيل اذا كان المحصر قارنا ينبغى أن يجب عليه أن يأتى بالعمرة التى وجبت عليه بالشروع فى القران لانه قادر عليها قلنا انه لا يقدر على أدائها على الوجه الذى التزمه وهو كونه على وجه يترتب عليها الحج اذ بفوات الحج يفوت ذلك (قوله لزمه التوجه) وليس له أن يتحلل بالهدى لان ذلك كان لعجزه عن ادراك الحج وقد قدر عليه فلا يجوز الخلف مع القدرة على الاصل (قوله وهو قول زفر) وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (١) (قوله ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا على ماله) فانا رأينا الشرع فى كثير من المواضع أنه نزل المال كالنفس حتى أباح القتال دونه والقتل كالنفس وفى البدائع لانه اذا كان لا يقدر على ادراك الهدى صار كأن الاحصار زال عنه بالذبح فيحل به ولان الهدى قد مضى لسبيله بدليل أنه لا يجب الضمان على المبعوث معه بالذبح فصار كانه قدر على الذهاب بعد ماذبح عنه اه ولا يثلج الخاطر شئ من ذلك والافضل أن يتوجه لان فيه الايفاء بما التزمه كما التزمه (قوله ومن أحصر) بعد الوقوف بعرفة (لا يكون محصرا لوقوع الامن من الفوات) بتحقق الفعل فلا

غرض وهو ان لا يلزمه قضاء العمرة (قوله وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما فى المحصر بالحج) لان دم الاحصار لما كان يتوقت بيوم النحر عندهما فبادراك الحج يكون مدركا للهدى لا محالة لان وقت ذبح الهدى يوم النحر ووقت الحج وهو الوقوف بعرفة بيوم عرفة فلذلك لا يتصور ادراك الحج دون الهدى عندهما (قوله وحرمة المال كحرمة النفس) فكما كان الخوف على نفسه عذرا فكذلك الخوف على ماله والافضل ان يتوجه لانه أقرب الى الوفاء بما وعد وهو أداء ماشرع فيه (قوله ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات) لقوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه فلا يكون محصرا حتى لا يتحلل بالهدى ولكنه يبقى محرما الى ان يطوف طواف الزيارة وطواف الصدر ويحلق أو يقصر وعليه دم لترك الوقوف بمزدلفة ولرمى الجمار دم ولتأخير الطواف دم ولتأخير الحلق دم عند أبى حنيفة رحمه الله فكان عليه أربعة دماء عند أبى حنيفة كذا ذكره الاسبيجابى رحمه الله وعندهما

أن يكون وقاية للنفس فاذا أكره بالقتل على اتلاف مال غيره جاز الاقدام عليه فالجواب أن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل فأنى يماثل المالك المبتذل ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون اتلافه ظلما القيام عصمة صاحبه فيه والى هذا أشار المصنف بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين لا تقتضى اتحادهما من جميع الجهات والا لارتفع التشبيه وقوله (وله الخيار) يعنى على وجه الاستحسان لما جاز له التحلل كان له الخيار (ان شاء صبر) الى أن ينحر عنه الهدى فى الميعاد فيتحلل (وان شاء توجه لاداء النسك) لزوال العجز (وهو أفضل لانه أقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا) لان سبب حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن

(قال المصنف وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما الى قوله وانما يستقيم على قول أبى حنيفة رحمه الله وفى المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق الخ) أقول لكن لا يستقيم القسم الاول والثالث فيها لانه اذا زال الاحصار والعمرة غير مؤقتة كيف لا يدركها (قوله فان المشابهة بين الشيئين لا تقتضى اتحادهما الخ) أقول المساواة فى الحرمة لا تستلزم الاتحاد من كل وجه فلا وجه لهذا التعليل بل الاولى أن يقول فان وجه الشبه يكون فى المشبه به أقوى وأتم وهو به أشهر كما صرحوا به (ومن

(١) قول الفتح قوله ولو خاف على نفسه الخ هذا على مافى نسخ من الهداية وفى نسخ لاوجود لذلك اه كذا بخط العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه

النساء حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند أبى حنيفة أربعة دماء دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمى الجمار ودم لتأخير الطواف ودم لتأخير الحلق وعندهما ليس عليه لتأخير الطواف والحلق شئ فان قيل

قد تقدم ان ازدياد مدة الاحرام

(ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر) لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا أحصر فى الحل (وان قدر على أحدهما فليس بمحصر) أما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه فى التحلل وأما على الوقوف فلما بينا وقد قيل فى هذه المسئلة خلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى والصحيح ما أعلمتك من التفصيل والله تعالى أعلم

برد النقض بالعمرة فان الامن من الفوات متحقق فيها مع تحقق الاحصار بها لان المراد هنا أنه قد وقع الفعل بحيث لا يتصور بعده فساد ولا فوات وسقط به الفرض اذا انضم اليه الطواف فى أى وقت اتفق من عمره بخلاف معنى عدم الفوات فى العمرة فلم يصدق عليه معنى الاحصار عن الحج فان معناه المنع عن أفعاله وهذا قد فعل ماله حكم الكل فلم يلزم امتداد الاحرام الموجب للحرج لانه متمكن من الاحلال بالحلق يوم النحر عن كل محظور سوى النساء ثم ان حلق فى غير الحرم لزمه دم والحاصل أنه لم يتحقق العذر المجوز للاحلال على ذلك الوجه لتمكنه منه على سنن المشروع الاصلى غير أنه يبقى المنع فى يسير وهو النساء فيزول بالطواف ولا يعجز المحصر عن ساعة من ليل أو نهار يجد بها فرصة قدر الطواف مختفيا فى زمان قدر شهر والمنع من النساء فى هذا المقدار لا يستلزم حرجا يبيح الاحلال مطلقا بغير الطريق الاصلى أعنى الحلق بخلاف الاحصار بالعمرة وهو محرم بها هذا واذا تحقق الاحصار بعد مجرد الوقوف كان عليه دم لوقوف المزدلفة ودم للرمى ودمان لتأخير الحلق عن المكان وتأخير الطواف عند أبى حنيفة ان أخرهما ودم آخر ان حلق فى الحل واختلف هل له ذلك أم لا قيل ليس له أن يحلق فى مكانه فى غير الحرم ولو أخره حتى يحلق فى الحرم تأخر عن زمانه وتأخيره عن الزمان أهون منه فى غير المكان وقيل له اذ بعد لو أخره ليحلق فى الحرم يمتد الاحصار فيحتاج الى الحلق فى الحل فيفوت المكان والزمان (قوله وقد قيل فى هذه المسئلة خلاف) وهو ماذكره على بن الجعد عن أبى يوسف قال سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر بالحرم فقال لا يكون محصرا فقلت أليس أن النبى صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهى من الحرم فقال ان مكة كانت يومئذ دار الحرب وأما اليوم فهى دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال أبو يوسف أما أنا فاقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر والاصح أن التفصيل المذكور قول الكل وفيه أن الحديبية من الحرم وهو خلاف ماذكره البخارى أنها

ليس عليه لتأخير الحلق والطواف شئ وقد تقدم فان قيل قد قلتم ان مدة الاحرام متى زادت ثبت حكم الاحصار وقد زادت مدة الاحرام أيضا فلماذا لا يثبت حكم الاحصار فى حقه قلنا لا كذلك فانه متمكن من التحلل بالحلق الا فى النساء والمشقة بالكف عن النساء ليست كهى بالكف عن سائر المحظورات فلم يتحقق العذر الموجب للتحلل (قوله وقد قيل فى هذه المسئلة خلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى) أراد بالمسئلة من أحصر بمكة وهو ممنوع من الطواف والوقوف وهو محصر ذكر فى المبسوط قال أبو يوسف رحمه الله سألت أبا حنيفة رضى الله عنه عن المحرم يحصر فى الحرم قال لا يكون محصرا قلت أليس ان النبى عليه السلام أحصر بالحديبية وهى بالحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار حرب وأما اليوم فهى دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال أبو يوسف رحمه الله أما أنا فاقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت كان محصرا وهو قول الشافعى رحمه الله والاصح أن يقول اذا كان محرما بالحج فان منع عن الوقوف والطواف فهو محصر وان لم يمنع من أحدهما لم يكن محصرا لانه ان لم يكن ممنوعا عن الطواف فيمكنه ان يصبر حتى يفوته الحج فيتحلل بالطواف والسعى وان لم يكن ممنوعا عن الوقوف فيمكنه ان يقف بعرفة ليتم حجه ثم يحلق فيتحلل فلا يزداد عليه احرامه فاما اذا كان ممنوعا عنهما فقد تعذر عليه الاتمام والتحلل بالطواف فيكون محصرا كما لو أحصر فى الحل والله تعالى أعلم

يثبت حكم الاحصار كما فى احصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه أجيب بانه متمكن من التحلل بالحلق الا فى حق النساء وان كان يلزمه بعض النساء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل وقوله (ومن أحصر بمكة) ظاهر وقوله (فلما بينا) يعنى قوله ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا وقوله (وقد قيل فى هذه المسئلة) يعنى قوله ومن أحصر بمكة (خلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف) وهو ماذكر على بن الجعد عن أبى يوسف قال سالت أبا حنيفة عن المحرم يحصر فى الحرم فقال لا يكون محصرا فقلت أليس أن النبى صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهى من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار الحرب وأما اليوم فهى دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال أبو يوسف وأما أنا فاقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف (والصحيح) من الرواية أن الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق أصحابنا واذا قدر على أحدهما لا يكون محصرا وهو معنى قوله (ما أعلمتك من التفصيل) والله أعلم

(قوله أجيب بانه متمكن من التحلل بالحلق الا فى حق النساء) أقول وأمر النساء هين

(باب الفوات) معنى الاحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب لان الاحصار احرام بلا اداء وفى الفوات احرام وأداء فلاجرم آثر تأخيره (قوله ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف) ظاهر وقوله (ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا) أى نافذا لازما لا يرتفع برافع فهو احتراز عن احرام الرقيق بغير اذن المولى واحرام المرأة فى التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج أن يحللاهما وليس باحتراز عن الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة أو أحرم مجامعا فان حكمه حكم الصحيح وقوله (الا طريق للخروج عنه الا باداء أحد النسكين) منقوض بالمحصر فان الهدى طريق له للخروج عنه كما تقدم وأجيب بانه بنى الكلام على ما هو الوضع ومسئلة الاحصار من العوارض ثبتت بالنص على خلاف القياس وقوله (كما فى الاحرام المبهم) أى المبهم من النسكين الحجة والعمرة بان أبهم فى الاحرام وقال لبيك اللهم لبيك ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيأ فانه يصح احرامه ولا يخرج عنه الا باداء أحد النسكين لكنه يتعين فى المتيقن وهو العمرة لانها أقل أفعالا وأيسر مؤنة (وههنا عجز عن الحج) لفوات ركنه الاعظم (فتعين عليه العمرة) فكان المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام بافعال العمرة وقوله (ولا دم عليه) يعنى عندنا خلافا للشافعى رحمه الله فانه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بافعال العمرة فكانت فى حق فائت الحج بمنزلة الدم فى حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس أحدهما على الآخر لان كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز

(باب الفوات)

ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج) لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد اليه (وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضى الحج من قابل ولا دم عليه) لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعى ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء أحد النسكين كما فى الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت فى حق فائت الحج بمنزلة الدم فى حق المحصر فلا

من الحل وما ذكره المصنف وغيره من مشايخنا أن بعضها من الحرم ولو صحت هذه الرواية فلا خلاف فى المعنى اذا لاحظت تعليل أبى حنيفة وبملاحظته أيضا يتضح ما ذكرنا من حل منعه الاحصار بالحرم على ما بالعذر اذ لا يخفى امكان تحقق العجز عن الذهاب الى مكة بشدة المرض فى بعض الصور مع تحقق الاضرار ببقاء الاحرام مع المرض والله سبحانه أعلم *(تقسيم)* المتحلل قبل اعمال ما أحرم به اما محصر أو فائت الحج أو غيرهما وتحلل الاول فى الحال بالدم والثانى بافعال العمرة والثالث بلا شئ بتقدمه وهو كل من منع من المضى شرعا لحق العبد كالمرأة والعبد الممنوعين لحق الزوج والمولى اذا احرما بغير اذن فان للزوج والمولى أن يحللاهما فى الحال بلا شئ ثم على المرأة أن تبعث بهدى يذبح عنها فى الحرم وعلى العبد اذا أعتق هدى الاحصار وعليهما معا قضاء حجة وعمرة وسنذكر تمامه ان شاء الله تعالى فى المسائل المنثورة

(باب الفوات)

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل) رواه الدارقطنى من حديث ابن عمر وابن عباس فحديث ابن عمر فى سنده رحمة بن مصعب قال الدارقطنى ضعيف وقد تفرد به ورواه ابن عدى فى الكامل وضعفه بمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى وضعفه عن جماعة وحديث ابن عباس فيه يحيى بن عيسى النهشلى ضعفه ابن حبان وأسند تضعيفه عن ابن معين وقال صاحب التنقيح روى له مسلم واعلم أن الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفى لزوم الدم فان ما سواه من الاحكام المذكورة لا يعلم فيها خلاف ووجهه أنه شرع فى بيان حكم الفوات وكان المذكور جميع ماله من الحكم والا نافى الحكمة وليس من المذكور لزوم الدم فلو كان من حكمه لذكره (قوله كما فى الاحرام المبهم) وهو أن لا يزيد فى النية على مجرد الاحرام ثم يلبى فانه يصح ولا يخرج عنه الا باداء أحد النسكين وله أن يعين ما شاء ما لم يشرع فى الطواف فاذا شرع قبل التعيين تعينت العمرة ولذا قلنا لو لم يعين حتى طاف أقل الاشواط ثم أحرم بعمرة رفضها ولزمه حكم الرفض على ما ذكرناه فى اضافة الاحرام الى الاحرام لانه حينئذ صار جامعا بين عمرتين وقد أسلفنا فى الاحرام المبهم شيأ فى باب الاحرام والمراد بالصحيح فى قوله لان الاحرام بعدما انعقد صحيحا اللازم لا يخرج به العبد والزوجة بغير اذن لا مقابل ما فسد (قوله ولا دم عليه) وقال الحسن بن زياد عليه الدم كقول الشافعى ومالك رحمهما الله وانما فيه ما ذكرنا من الحديث آنفا وهو حجة لان مسلما روى

(باب الفوات)

(قوله ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا) أى نافذا لازما وهذا احتراز عن احرام العبد والامة بغير اذن المولى واحرام المرأة فى التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج ان يحللاهما وليس باحتراز عما انعقد فاسدا لان الاحرام الفاسد وهو ما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة أو أحرم مجامعا يلزم فيه المضى كالصحيح فان قيل يشكل هذا بالمحصر فان فيه خروجا من الاحرام من غير أداء أحد النسكين قلنا أجرى الكلام على الاصل فلا يرد العوارض نقضا وفصل المحصر من العوارض (قوله كما فى الاحرام المبهم) بان أحرم ولم يعين حجة

يجمع بينهما (والعمرة لا تفوت وهى جائزة فى جميع السنة الا خمسة أيام يكره فيها فعلها وهى يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق) لما روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها كانت تكره العمرة فى هذه الايام الخمسة ولان هذه الايام أيام الحج فكانت متعينة له وعن أبى يوسف رحمه الله أنها لا تكره فى يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو أداها فى هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع

للنهشلى وما رواه مالك فى الموطأ عن عمر أنه قال لابى أيوب الانصارى حين فاته الحج اصنع كما يصنع المعتمر ثم قد حللت فاذا أدركت الحج من قابل فاحجج وأهد ما استيسر من الهدى وكذا روى عنه أنه قال لهبار بن الاسود ومن معه حين فاتهم الحج وعن ابن عمر مثل ما عن أبيه رضى الله عنهما رواه الشافعى عنه فمحمول على الندب لما قدمنا من الحديث المرفوع أنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به حين بيانه لحكم الفوات أو لم يعلما فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ أو نايد بما ذكره من المعنى فى الكتاب وهو أن العمرة لفائت الحج جعلت شرعا شرطا للتحلل وكانت كالدم فى المحصر فلا يجمع بينهما وقوله لان التحلل الخ المراد أن لزوم الدم على المحصر لكونه تعجل الاحلال قبل الاعمال وهذا قد حل بالاعمال فلا يجب عليه الدم لا ما يتخايل من ظاهر العبارة ليقال عليه مقتضاه أن لا يجب على المحصر عمرة فى قضاء الحجة حينئذ (قوله لما روى عن عائشة) أخرج البيهقى عن شعبة عن يزيد (١) الرشك عن معاذة عن عائشة قالت حلت العمرة فى السنة كلها الا أربعة أيام يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعد ذلك اه وهو يشير الى أن الكراهة كراهة تحريم وفى كلام المصنف ما يفيده وقال الشيخ تقى الدين فى الامام روى اسمعيل بن عياش عن ابراهيم ونافع عن طاوس قال قال الحبر يعنى ابن عباس خمسة أيام يوم عرفة ويوم النحر وثلاثة أيام التشريق اعتمر قبلها أو بعدها ما شئت اه هذا وأما أفضل أوقاتها فرمضان وعن ابن عباس رضى الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال عمرة فى رمضان تعدل حجة وفى طريق لمسلم تقضى حجة أو حجة معى وفى رواية لابى داود تعدل حجة معى من غير شك وكان السلف رحمهم الله يسمونها الحج الاصغر ۞ هذا وقد قدمنا فى أوائل كتاب الحج الوعد بعدد عمره عليه السلام فنقول قد اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم أربع عمرات كلهن بعد الهجرة ولم يعتمر مدة مقامه بمكة بعد النبوة شيأ وذلك ثلاث عشرة سنة وعن هذا ادعى من ادعى أن السنة فى العمرة أن تفعل داخلا الى مكة لا خارجا بان يخرج المقيم بمكة الى الحل فيعتمر كما يفعل اليوم وان لم يكن ذلك ممنوعا ثم المراد بالاربعة احرامه بهن فاما ما تم له منها فثلاث ولهذا قال البراء بن عازب اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم عمرتين قبل أن يحج فلم يحتسب بعمرة الحديبية كذا فى الصحيحين وكلهن فى ذى القعدة على ما هو الحق *(الاولى)* عمرة الحديبية سنة ست فصد بها فنحر الهدى بها وحلق هو وأصحابه ورجع الى المدينة *(الثانية)* عمرة القضاء فى العام المقبل وهى قضاء عن الحديبية هذا مذهب أبى حنيفة وذهب مالك الى أنها مستأنفة لا قضاء عنها وتسمية الصحابة وجميع السلف اياها بعمرة القضاء ظاهر فى خلافه وتسمية بعضهم اياها عمرة القضية لا ينفيه فانه اتفق فى الاولى مقاضاة النبى صلى الله عليه وسلم أهل مكة على أن يأتى من العام المقبل فيدخل مكة بعمرة ويقيم بها ثلاثا وهذا الامر قضية تصح اضافة هذه العمرة اليها فانها عمرة كانت عن تلك القضية فهى قضاء عن تلك القضية فتصح اضافتها الى كل منهما فلا تستلزم الاضافة الى القضية نفى القضاء والاضافة الى القضاء يفيد ثبوته فيثبت مفيد ثبوته بلا معارض وأيضا فالحكم الثابت فيمن شرع فى احرام نسك فلم يتمه لاحصار فحل أن يقضى وهذه تحتمل القضاء فوجب حملها عليه وعدم نقل أنه عليه السلام أمر الذين كانوا معه بالقضاء لا يفيد ذلك بل المفيد له نقل العدم لا عدم النقل نعم هو مما يؤنس به فى عدم الوقوع لان

ولا عمرة فانه يصح احرامه ولا يخرج عن الاحرام الا باداء أحد النسكين

عنه الا الآخر وهما يقدر عليه وقوله (والعمرة لا تفوت) أى لانها غير مؤقتة (وهى جائزة فى جميع السنة) يدل على جوازها فى أشهر الحج وقد اختلف السلف فى ذلك وكان عمر ينهى عنها ويقول الحج فى الاشهر والعمرة فى غيرها أكمل للحج وعمرتكم والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخارى فى صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه اعتمر فى ذى القعدة أربع عمر الا التى اعتمر مع حجته وأما كراهتها فى الايام الخمسة فهى مذهبنا وقال الشافعى رحمه الله لا تكره وما ذكره فى الكتاب ظاهر وقوله (والاظهر من المذهب ما ذكرناه) يعنى كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده

(باب الفوات)

(قوله وكان عمر رضى الله عنه ينهى عنها ويقول الخ) أقول أى يقول بعد النهى

(١) الرشك بكسر الراء وسكون المعجمة الكبير اللحية ولقب يزيد بن أبى يزيد الضبعى أحسب أهل زمانه أفاده القاموس كتبه مصححه

(والعمرة سنة)

الظاهر أنه لو كان لنقل لكن ذلك انما يعتبر لو لم يكن من الثابت ما يوجب القضاء فى مثله على العموم فيجب الحكم بعلمهم به وقضائهم امن غير تعيين طريق علمهم * (الثالثة) * عمرته التى قرنها مع حجته على ما أسلفنا اثباته من أنه صلى الله عليه وسلم حج قارنا أو التى تمتع بها الى الحج على قول القائلين بأنه حج متمتعا أو التى اعتمرها فى سفره ذلك على قول القائلين بانه أفرد واعتمر ولا عبرة بالقول الرابع * (الرابعة) * عمرته من الجعرانة لما خرج صلى الله عليه وسلم الى حنين ودخل بهذه العمرة الى مكة ليلا وخرج منها ليلا الى الجعرانة فبات بها فلما أصبح وزالت الشمس خرج فى بطن سرف حتى جامع فى الطريق ومن ثم خفيت هذه العمرة على كثير من الناس وأما أنهن كلهن فى ذى القعدة فلما ثبت عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم لم يعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ذى القعدة وأما ما فى الصحيحين من حديث أنس رضى الله عنه أنه قال اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أربع عمر كلهن فى ذى القعدة الا التى مع حجته عمرة من الحديبية أو زمن الحديبية فى ذى القعدة وعمرة من العام المقبل فى ذى القعدة وعمرة من الجعرانة حيث قسم غنائم حنين فى ذى القعدة وعمرة مع حجته فلا ينافيه لان مبدأ عمرة القران كان فى ذى القعدة وفعلها كان فى ذى الحجة فصح طريقا الاثبات والنفى وأما قول ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر أربعا احداهن فى رجب فقد قالت عائشة لما بلغها ذلك يرحم الله أبا عبد الرحمن ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة قط الا وهو شاهد وما اعتمر فى رجب قط وأما ما رواه الدارقطنى عن عائشة خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرة فى رمضان فقد حكم الحفاظ بغلط هذا الحديث اذ لا خلاف أن عمره كلها لم تزد عن أربع وقد عينها أنس وعدها وليس فيها ذكر شئ منها فى غير ذى القعدة سوى التى مع حجته وقد جمع بما ذكرناه من الوجه الصحيح فلو كانت له عمرة فى رجب وأخرى فى رمضان لكانت ستا ولو كانت أخرى فى شوال كما هو فى سنن أبى داود عن عائشة أنه عليه السلام اعتمر فى شوال كانت سبعا والحق فى ذلك أن ما أمكن الجمع فيه وجب ارتكابه دفعا للمعارضة وما لم يمكن الجمع فيه حكم بمقتضى الاصح والاثبت وهذا أيضا يمكن فيه الجمع بارادة عمرة الجعرانة فانه خرج الى حنين فى شوال والاحرام بها فى ذى القعدة فكان مجازا لاقرب هذا ان صح وحفظ والا فالمعول عليه الثابت والله أعلم ولما ثبت أن عمره صلى الله عليه وسلم كانت كلها فى ذى القعدة وقع تردد لبعض أهل العلم فى أن افضل أوقات العمرة أشهر الحج أو رمضان ففى رمضان ما قدمناه مما يدل على الافضلية ولكن فعله لما لم يقع الا فى أشهر الحج كان ظاهرا أنه أفضل اذ لم يكن الله سبحانه وتعالى يختار لنبيه الا ما هو الافضل أو أن رمضان افضل بتنصيصه صلى الله عليه وسلم على ذلك وتركه لذلك لاقترانه بامر يخصه كاشتغاله بعبادات أخرى فى رمضان تبتلا وأن لا يشق على أمته فانه لو اعتمر فيه لخرجوا معه ولقد كان بهم رحيما وقد أخبر فى بعض العبادات أن تركه لها لئلا يشق عليهم مع محبته له كالقيام فى رمضان بهم ومحبته لأن يستقى بنفسه مع سقاة زمزم ثم تركه كى لا يغلبهم الناس على سقايتهم ولم يعتمر عليه الصلاة والسلام فى السنة الا مرة وما ظنه بعضهم من حديث فى أبى داود عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر عمرتين عمرة فى ذى القعدة وعمرة فى شوال وليس المراد ذكر جميع ما اعتمر عليه السلام للعلم بأنه اعتمر أكثر فكان المراد ذكر أنه وقع له ذلك فى سنة يجب أن يحكم فيه بالغلط فانه قد تظافر قول عائشة وابن عباس وأنس وغيرهم على أنها أربع ومعلوم أن الاولى كانت فى ذى القعدة عام الحديبية سنة ست ثم لم يعتمر الا من قابل سنة سبع سوى التى فى ذى القعدة عمرة القضاء ثم لم يخرج الى مكة حتى فتحها سنة ثمان فى رمضان ولم يعتمر فى دخوله فى الفتح ثم خرج الى حنين فى شوال من تلك السنة ثم رجع منها فاحرم بعمرة فى ذى القعدة حتى اعتمر فى شوال والله سبحانه وتعالى أعلم ولا علم الا ما علم (قوله والعمرة سنة) أى من أتى بها مرة فى العمر فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ما ثبت النهى عنها فيه الا أنها فى رمضان أفضل هذا اذا أفردها فلا ينافيه أن القران أفضل لان ذلك أمر يرجع الى الحج لا الى العمرة فالحاصل أن من أراد الاتيان بالعمرة على وجه أفضل فيها ففى

وقوله (والعمرة سنة) أى سنة مؤكدة

وقال

وقوله (ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما فى فائت الحج وهذه أمارة النفلية) استشكل بالايمان وصلاة الجنازة فانهما فرضان وليسا بموقتين و بالصوم فانه يتأدى بنية غيره وهو فرض وأجيب بأنا قد قلنا ان كل ما هو غير موقت ونعنى بذلك ما هو غير مؤقت بوقت معين من أوقات العمر اذا وقع فيه انتفى الفرضية والايمان فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة مؤقتة بوقت حضورها وان الكلام فيما يكون غير موقت وصوم رمضان ليس كذلك وأقول منشأ هذا الاستشكال الذهول عن كلام المصنف فانه جعل مجموع قوله ولانها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها أمارة واحدة وأشار الى ذلك بقوله وهذه أمارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه ذلك أما الايمان فلانه لا غير ثمة حتى يتأدى بنيته اذ هو لا يتنوع الى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة وأما صوم رمضان فلانه مؤقت بوقت معين

وقال الشافعى رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما فى فائت الحج وهذه أمارة النفلية وتأويل ما رواه أنها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار قال (وهى الطواف والسعى)

رمضان أو الحج على وجه أفضل فيه فبأن يقرن معه عمرة (قوله وقال الشافعى رحمه الله فريضة) وقال محمد ابن الفضل من مشايخ بخارى فرض كفاية وقيل هى واجبة ووجه قول الشافعى رحمه الله ما رواه الحاكم فى المستدرك والدارقطنى عن زيد بن ثابت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت قال الحاكم الصحيح عن زيد بن ثابت من قوله اهـ وفيه اسمعيل بن مسلم المكى ضعفوه قال البخارى منكر الحديث وقال أحمد حدثنا حديثه ورواه البيهقى عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين موقوفا وهو الصحيح وأخرج الدارقطنى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن رجلا قال يا رسول الله ما الاسلام قال أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وأن تقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وأن تحج وتعتمر قال الدارقطنى اسناده صحيح ورواه الحاكم فى كتابه المخرج على صحيح مسلم قال صاحب التنقيح الحديث مخرج فى الصحيحين ليس فيه وتعتمر وهذه الزيادة فيها شذوذ وفيه أحاديث أخر لم تسلم من ضعف أو عدم دلالة وأخرج الحاكم أيضا عن ابن عمر ليس أحد من خلق الله تعالى الا وعليه حجة وعمرة واجبتان على من استطاع الى ذلك سبيلا وعلقه البخارى وأخرج عن ابن عباس الحج والعمرة فريضتان على الناس كلهم الا أهل مكة فان عمرتهم طوافهم فليخرجوا الى التنعيم ثم ليدخلوها الحديث وقال على شرط مسلم وقال البيهقى قال الشافعى رحمه الله فى مناظرة من أنكر عليه القول بوجوب العمرة أشبه بظاهر القرآن لانه قرنها بالحج ولنا ما أخرجه الترمذى عن حجاج بن أرطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر رضى الله عنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هى قال لا وان تعتمر فهو أفضل قال الترمذى حديث حسن صحيح هكذا وقع فى رواية الكرخى ووقع فى رواية غيره حديث حسن لا غير قيل هو الصحيح فان الحجاج بن أرطاة هذا فيه مقال وقد ذكرنا فى باب القران ما فيه وأنه لا ينزل به عن كون حديثه حسنا والحسن حجة اتفاقا وان قال الدارقطنى ان الحجاج بن أرطاة لا يحتج به فقد اتفقت الرواة عن الترمذى على تحسين حديثه هذا وقد رواه ابن جريج عن محمد بن المنكدر عن جابر وأخرجه الطبرانى فى الصغير والدارقطنى بطريق

(قوله وتتأدى بنية غيرها) أما عند الخصم فان المحرم بالحج قبل أشهر الحج يكون محرما بالعمرة وأما بالاجماع فان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة والغرض انما يباين النفل بان النفل يتأدى بنية الفرض والفرض الذى هو غير معين لا يتأدى بنية النفل كذا فى المبسوط وقوله غير معين يخرج صوم رمضان فانه فرض يتأدى بنية النفل (قوله وتاويل ما رواه) وهو قوله عليه السلام العمرة فريضة (قوله مع التعارض فى الآثار) لان ما رواه يعارض بما روينا من قوله عليه السلام والعمرة تطوع (قوله وهى الطواف والسعى) العمرة هى الاحرام والطواف والسعى والحلق لان الاحرام شرط والطواف

وقوله (وتأويل ما رواه) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام العمرة فريضة (أنها مقدرة بأعمال كالحج أو لا تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار) فان ما روى يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة واذا تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية لانها لا تثبت الا بدليل مقطوع به فان قيل هو ثابت بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله عطف العمرة على الحج والحج فريضة وأمر بالاتمام والامر للوجوب أجيب بأن القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم والامر انما هو بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع ونحن نقول به وان كانت فى الابتداء سنة وقوله (وهى الطواف والسعى) ظاهر

(قوله وصلاة الجنازة موقتة الخ) أقول واذا استشكل بالجهاد اذ لم يكن النفير عاما لم يكن ما ذكر فى صلاة الجنازة جوابا كما لا يخفى (قوله وان الكلام فيما يكون غير موقت الخ) أقول فلا يكون كل واحد منهما أمارة مستقلة (قال المصنف أو لا تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار) أقول وفى بعض النسخ اذ لا تثبت ولا يظهر له معنى صحيح وما قاله الاتقانى فى شرحه تعليل لقوله مقدرة باعمال كالحج وهذا لان الاصل فى الدلائل المتعارضة الجمع بينها اذا أمكن اهـ فى غاية السخافة فان عدم ثبوت الفرضية مع التعارض أمر وكون الاصل فى النصوص المتعارضة الجمع أمر آخر لا يصلح الثانى شرحا للاول كما لا يخفى على من يتامل

وقدذ كرناه فى باب التمتع والله أعلم

آخرعن جابر وفيه يحيى بن أيوب وضعفه وروى عبد الباقى بن قانع عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج جهاد والعمرة تطوع وهو أيضا حجة وقول ابن حزم انه مرسل رواه معاوية بن اسحق عن أبى صالح ماهان الحنفى عنه عليه السلام وتضعيف عبد الباقى وماهان اعترضه الشيخ تقى الدين فى الامام بان عبد الباقى بن قانع من كبار الحفاظ وباقى الاسناد ثقات مع أن المرسل حجة عندنا وانما كلامنا على التنزل قال وتضعيف ماهان غير صحيح فقد وثقه ابن معين وروى عنه جماعة مشاهير وذكرهم وقد روى أيضا من حديث ابن عباس وفى سنده مجاهيل وروى ابن ماجه عن طلحة بن عبيد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج جهاد والعمرة تطوع وفيه عمرو بن قيس قال فى الامام متكلم فيه اه وهذا القدر لا يخرج حديثه عن الحسن فلا ينزل عن مطلق الحجية وأخرج ابن أبى شيبة من حديث أبى أسامة عن سعيد بن أبى عروبة عن أبى معشر عن ابراهيم قال قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه الحج فريضة والعمرة تطوع وكفى بعبد الله قدوة فبعد ارخاء العنان فى تحسين حديث الترمذى تعدد طرقه يرفعه الى درجة الصحيح على ماحققناه كما أن تعدد طرق الضعيف يرفعه الى الحسن لضعف الاحتمال بها وقد تحقق ذلك فقام ركن المعارضة والافتراض لا يثبت مع المعارضة لان المعارضة تمنعه عن اثبات مقتضاه ولا يخفى أن المراد من قول الشافعى رحمه الله الفرض الظنى وهو الوجوب عندنا ومقتضى ماذكرناه أن لا يثبت مقتضى مارويناه أيضا للاشتراك فى موجب المعارضة فحاصل التقرير حينئذ تعارض مقتضيات الوجوب والنفل فلا يثبت ويبقى مجرد فعله صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين وذلك يوجب السنية فقلنا بها والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم *(فروع)* وان استفيد شئ منها مما تقدم فانى لا أكره تكرارها فان تعدد المواقع يوسع باب الوجدان وهو المقصود احرام فائت الحج حال التحلل بالعمرة احرام الحج عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف رحمه الله يصير احرام عمرة وعند زفر المفعول أيضا أفعال الحج من الطواف والسعى لانه حين عجز عن الكل فانه يتحلل بما يقدر عليه الثابت شرعا التحلل بعد الوقوف لا قبله ولا تحلل الا بطواف بعد فوات وقت الوقوف فلو قدم محرم بحجة فطاف وسعى ثم خرج الى (١) الربذة مثلا فاحصر بها حتى فاته الحج فعليه أن يحل بعمرة ولا يكفيه طواف التحية والسعى فى التحلل حتى لو كان قارنا والمسئلة بحالها لا يجب عليه قضاء عمرته التى قرنها لانه أداها وان كان قارنا ولم يطف شيأ حتى فاته يطوف الآن لعمرته لانها لا تفوت ويسعى ولا يقطع التلبية عندها وانما يقطعها اذا أخذ فى الطواف الذى يتحلل به عن الاحرام فى الحج ومن فاته الحج فمكث حراما حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمرة ثم حج من عامه ذلك لا يكون متمتعا وهذا مما يدل على أن احرام حجه باق اذ لو انقلب احرام عمرة كان متمتعا اذ لا يمنع من التمتع تقدم احرام العمرة على أشهر الحج بعد أن أوقع أفعالها فى أشهر الحج وليس لفائت الحج أن يحج بذلك الاحرام وان قلنا ببقائه احرام حج حتى لو مكث محرما الى قابل لم يفعل أفعال عمرة التحلل وأراد أن يحج ليس له ذلك لان موجب احرام حجه تغير شرعا بالفوات فلا يترتب عليه غير موجبه فلا يتمكن أبو يوسف فى الاستدلال بهذا على صيرورته احرام عمرة ولا فرق فى وجوب التحلل بعمرة بين كون الفوات حال الصحة أو بعد ما فسد بالجماع ولو فاته الحج فأهل بأخرى طاف للفائتة وسعى ورفض التى أدخلها لانه قبل التحلل بالعمرة جامع بين احرامى حجتين وعليه فيها ما على الرافض ولو نوى بهذه التى أهل بها قضاء الفائتة لم يلزمه بهذا الاهلال شئ سوى التى هو فيها لان احرامه بعد الفوات باق ونية ايجاد ما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعى ويقضى الفائتة فقط فلو كان أهل بعمرة رفضها أيضا لانه جامع بين عمرتين احراما على قول أبى يوسف وعملا على قولهما ولو أهل رجل بحجتين فقدم مكة وقد فاته الحج تحلل بعمرة واحدة لا بعمرتين لانه بالترك والشروع رفض احداهما

ركن والسعى والحلق واجبان

*(باب

(١) الربذة بالذال المعجمة بعد الموحدة كما فى كتب اللغة ومعجم ياقوت لا كما وقع فى بعض نسخ الفتح من ضبطها بالدال المهملة فليحذر كتبه مصححه

(باب الحج عن الغير) لما كان الاصل فى التصرفات أن تقع عمن تصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بان يؤخر فى باب على حدة

(باب الحج عن الغير)

الاصل فى هذا الباب أن الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبى عليه السلام أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات أنواع مالية محضة كالزكاة وبدنية محضة كالصلاة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجرى فى النوع الاول فى حالتى الاختيار والضرورة

والتحلل بالعمرة انما يجب لغير مارفض وذلك واحدة

(باب الحج عن الغير)

ادخال اللام على غير غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الاضافة ولما كان الاصل كون عمل الانسان لنفسه لا لغيره قدم ما تقدم (قوله له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما عند أهل السنة والجماعة) لا يراد به أن الخلاف بيننا وبينهم فى أن له ذلك أو ليس له كما هو ظاهره بل فى أنه ينجعل بالجعل أولا بل يلغو جعله (قوله أو غيرها) كتلاوة القرآن والاذكار (قوله عند أهل السنة والجماعة) ليس المراد أن المخالف لما ذكر خارج عن أهل السنة والجماعة فان مالكا والشافعى رضى الله عنهما لا يقولان بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة بل غيرها كالصدقة والحج بل المراد أن أصحابنا لهم كمال الاتباع والتمسك ما ليس لغيرهم فعبر عنهم باسم أهل السنة فكانه قال عند أصحابنا غير أن لهم وصفا عبر عنهم به وخالف فى كل العبادات المعتزلة وتمسكوا بقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وسعى غيره ليس سعيه وهى وان كانت مسوقة قصا لما فى صحف ابراهيم وموسى عليهما السلام فحيث لم يتعقب بانكار كان شريعة لنا على ما عرف والجواب أنها وان كانت ظاهرة فيما قالوه لكن يحتمل أنها نسخت أو مقيدة وقد ثبت ما يوجب المصير الى ذلك وهو ما رواه المصنف وما فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته والملحة بياض يشوبه شعرات سود وفى سنن ابن ماجه بسنده عن عائشة وأبى هريرة رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يضحى يشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوأين فذبح أحدهما عن أمته ممن شهد لله بالوحدانية وله بالبلاغ وذبح الآخر عن محمد وآل محمد ورواه أحمد والحاكم والطبرانى فى الاوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه وأخرج أبو نعيم فى ترجمة ابن المبارك عنه عن يحيى بن عبد الله عن أبيه سمعت أبا هريرة يقول ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين أقرنين أملحين موجوأين فلما وجههما قال انى وجهت وجهى الآية اللهم لك ومنك عن محمد وأمته باسم الله والله أكبر ثم ذبح ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم بنقص فى المتن ورواه ابن أبى شيبة عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم أتى بكبشين أملحين عظيمين أقرنين موجوأين فاضجع أحدهما وقال باسم الله والله أكبر اللهم عن محمد وآل محمد ثم أضجع الآخر وقال باسم الله والله أكبر اللهم عن محمد وأمته من شهد لك بالتوحيد وشهد لى بالبلاغ وكذا رواه اسحق وأبو يعلى فى مسنديهما وروى هذا المعنى من حديث أبى رافع رواه أحمد واسحق والطبرانى والبزار والحاكم ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفارى أخرجه الحاكم فى الفضائل ومن حديث أبى طلحة الانصارى رواه ابن أبى شيبة ومن طريقه رواه أبو يعلى والطبرانى ومن حديث أنس بن مالك رواه ابن أبى شيبة أيضا والدارقطنى فقد روى هذا عن عدة من الصحابة وانتشرت مخرجوه فلا يبعد أن يكون القدر المشترك وهو أنه ضحى عن أمته مشهورا يجوز تقييد الكتاب به ما لم يجعله صاحبه أو ننظر اليه والى ما رواه الدارقطنى أن رجلا سأله صلى الله عليه وسلم فقال كان لى أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لى ببرهما بعد موتهما فقال له صلى الله عليه وسلم ان من البر بعد الموت أن تصلى لهما مع صلاتك وتصوم لهما مع صيامك والى ما رواه أيضا عن على عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من مر على المقابر وقرأ قل هو الله أحد احدى عشرة مرة ثم

(باب الحج عن الغير)

*واعلم أن من صلى أو صام أو تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند أهل السنة والجماعة وقال بعض أهل العلم لا يجوز لقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وهذا ليس من سعيه ولان الثواب هو الجنة وليس لاحد تمليكها لغيره لانه ليس بمالك لها وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعى الغير وله ولاية أن يصير ساعيا لغيره وأن يجعل استحقاقه للجنة لغيره واذا ظهر هذا فقوله (الاصل فى هذا أن الانسان له أن يجعل ثواب عمله) اشارة الى أن ثواب الحج للآمر يجعل المأمور كذلك وأما نفس الحج هل يقع عن الآمر أو عن المأمور فيذكر بعيد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره وقوله (بكبشين أملحين) يقال كبش أملح فيه ملحة وهى بياض يشوبه شعرات سود وهى من لون الملح وكلامه واضح وقوله (فى حالتى الاختيار والضرورة) أى حالة الصحة والمرض

(باب الحج عن الغير) (قوله وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعى الغير الخ) أقول وأنت خبير بانه لا يسند السعى الى ذلك الغير اذا سعى أحد له فلم يحصل الجواب (قال المصنف والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ) أقول احتراز عن أمة الدعوة

(لحصول المقصود) وهو ايصال النفع الى الفقراء وقوله (لا يحصل به) أى بفعل النائب وقوله (وهى المشقة بتنقيص المال) يعنى أن المرء كما تلحقه المشقة عند فعله بنفسه تلحقه أيضا عند فعل غيره اذا كان بماله (والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر) وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين وكلتا المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين فان لم يكن العجز دائما وقد أحج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على أصله فى وقته وذلك يبطل النيابة فان قيل القدرة على الاصل تبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال فالجواب أنا لم نسلك فى هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف وانما قلنا بان الحج مركب من أمرين أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها فعملنا باحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالآخر عند العجز فجوزناها لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائما لما مر واعترض بان كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فانه شرط لجواز الفدية للشيخ الفانى عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فكل ما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا يلزم أن كل ما يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله (وفى الحج النفل تجوز الانابة) ظاهر (ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه) يعنى الآمر (وبذلك تشهد الاخبار الواردة فى هذا الباب) فانه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية حين قالت ان أبى شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك

لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجرى فى النوع الثانى بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به وتجرى فى النوع الثالث عند العجز للمعنى الثانى وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجرى عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفى الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل أوسع ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة فى الباب كحديث الخثعمية فانه صلى الله عليه وسلم قال فيه حجى عن أبيك واعتمرى

وهب أجرها للاموات أعطى من الاجر بعدد الاموات والى ما عن أنس أنه سأله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك اليهم قال نعم انه ليصل اليهم وانهم ليفرحون به كما يفرح أحدكم بالطبق اذا أهدى اليه رواه أبو حفص الكبير العكبرى وعنه صلى الله عليه وسلم اقرؤا على موتاكم يس رواه أبو داود فهذه الآثار وما قبلها وما فى السنة أيضا من نحوها عن كثير قد تركناه لحال الطول يبلغ القدر المشترك بين الكل وهو أن من جعل شيأ من الصالحات لغيره نفعه الله به مبلغ التواتر وكذا ما فى كتاب الله تعالى من الامر بالدعاء للوالدين فى قوله تعالى وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا ومن الاخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين قال تعالى والملائكة يسبحون بحمد ربهم ويستغفرون لمن فى الارض وقال تعالى فى آية أخرى الذين يحملون العرش ومن حوله يسبحون بحمد ربهم ويؤمنون به ويستغفرون للذين آمنوا وساق عبارتهم ربنا وسعت كل شئ رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك الى قوله وقهم السيآت قطعى فى حصول الانتفاع بعمل الغير فخالف ظاهر الآية التى استدلوا بها اذ ظاهرها أنه لا ينفع استغفار أحد لاحد بوجه من الوجوه لانه ليس من سعيه فلا يكون له منه شئ فقطعنا بانتفاء ارادة ظاهرها على صرافته فتتقيد بما لم يهبه العامل وهو أولى من النسخ أما أولا فلانه أسهل اذ لم يبطل بعد الارادة وأما ثانيا فلانها من قبيل الاخبارات ولا يجرى النسخ فى الخبر وما يتوهم جوابا من أنه تعالى أخبر فى شريعة ابراهيم وموسى عليهما السلام أن لا يجعل الثواب لغير العامل ثم جعله لمن بعدهم من أهل شريعتنا حقيقة مرجعه الى تقييد الاخبار لا الى النسخ اذ حقيقته أن يراد المعنى ثم ترفع ارادته وهذا تخصيص بالارادة بالنسبة الى أهل تلك الشرائع ولم يقع نسخ لهم ولم يرد الاخبار أيضا فى حقنا ثم نسخ وأما جعل اللام فى للانسان بمعنى على فبعيد من ظاهرها ومن سياق الآية أيضا فانها وعظ للذى تولى وأعطى قليلا وأكدى وقد ثبت فى ضمن ابطالنا لقول المعتزلة انتفاء قول الشافعى ومالك رحمهم الله فى العبادات البدنية بما فى الآثار والله سبحانه هو الموفق (قوله لحصول المقصود) المقصود الاصلى من

(قوله لحصول المقصود) وهو سد خلة المحتاج بدفع المال وذا يحصل بنائبه كما يحصل به (قوله للمعنى الثانى وهو المشقة بتنقيص المال) كان من حقه أن يقول للمعنى الاول وهو حصول المقصود بفعل النائب لاعتبار جانب المال الا أنه أقام مشقة التنقيص مقام مشقة اتعاب النفس عند فعله بنفسه لانه كما يلحق المرء المشقة عند فعله بنفسه تلحقه المشقة أيضا عند تنقيص ماله بالدفع الى الغير (قوله لان الحج فرض العمر) * فان قيل لا يستقيم التعليل لاشتراط العجز الدائم بانه فرض العمر فان الشيخ الفانى فى الصوم يشترط فيه العجز

وعن

(قوله فالجواب أنا لم نسلك فى هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف) أقول مسلك الاصل والخلف طريق مسلوك للاصحاب اذا سلك هنا فلا وجه لسد الباب (قوله لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فانه شرط لجواز الخ) أقول ضمير فانه راجع الى العجز (قوله والجواب أن الدليل يستلزم المدلول الخ) أقول أى نوعه (قوله فانه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية الى قوله حجى عن أبيك) أقول قوله حجى عن أبيك واعتمرى مقول قول النبى صلى الله عليه وسلم (قال المصنف ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه الخ) أقول قال الامام التمرتاشى

على الراحلة أفيجزينى أن أحج عنه قال نعم حجى عن أبيك واعتمرى (وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج) يعنى المامور (وللآمر ثواب النفقة) وصار انفاق المأمور كانفاق الآمر بنفسه ولكن يسقط أصل الحج عن الآمر لانه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله وكل ما كان كذلك قام الانفاق فيه مقام الفعل كما فى الشيخ الفانى فانه لما عجز عن الصوم قامت الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها فالجواب أنه ملحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن يقوم مقام ما هو مركب من البدنى والمالى أولى قال شيخ الاسلام والى هذا القول مال عامة المتأخرين

فى شرح الجامع الصغير قال السرخسى هذه المسئلة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن يحج عن غيره أن أصل الحج يكون عن المحجوج عنه ولا يسقط به فرض الحج عن الحاج وعن محمد للمحجوج عنه ثواب النفقة فاما الحج يكون عن الحاج وفى التفاريق عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مثله ولفظ الكتاب يوهم خلافه وفى الكفاية ظاهر رواية الاصل أن الحج عن المحجوج عنه وفى شرح بكر عن الحاج على قول علمائنا وقال الشافعى عن الآمر وفى زيادات برهان قيل عن المحجوج عنه واليه مال السرخسى رحمه الله وقيل عن الحاج واليه مال بكر ولكن لا يسقط عنه فرض الحج فيكون نفلا منه لان فرض الحج لا يتأدى الا بنية الفرض أو بمطلق النية ولم توجد وانما وجدت النية عن الآمر اهـ قال الشارح أكمل الدين قال شيخ الاسلام الى هذا القول مال عامة المتأخرين اهـ وقال العلامة الزيلعى والصحيح الاول ولهذا لا يسقط به الفرض عن المامور وهو الحاج اهـ

وعن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز أقيم الانفاق مقامه كالفدية فى باب الصوم

التكاليف الابتلاء ليظهر من المكلف ما سبق العلم الازلى بوقوعه منه من الامتثال بالصبر على ما أمر به تاركا هوى نفسه لاقامة أمر ربه سبحانه وتعالى فيثاب أو المخالفة فيعفى عنه أو يعاقب فيتحقق بذلك آثار صفاته تعالى فانه تعالى اقتضت حكمته الباهرة وكمال فضله واحسانه أن لا يعذب بما علم أنه سيقع من المخالفة قبل ظهوره عن اختيار المكلف ثم من التكاليف العبادات وهى بدنية ومالية ومركبة منهما والمشقة فى البدنية فى تقييد الجوارح والنفس بالافعال المخصوصة فى مقام الخدمة وفى المالية فى تنقيص المال المحبوب للنفس وفيها مقصود آخر وهو سد خلة المحتاج والمشقة فيها ليس به بل بالتنقيص فكل ما تضمن المشقة لا يخرج عن عهدته الا بفعله بنفسه اذ بذلك يتحقق مقصود الابتلاء والاختبار فلذا لم تجز النيابة فى البدنية لان فعل غيره لا يتحقق به الاشقاق على نفسه بمخالفة هواها بالصبر عليه وأما المالية ففيه المشقة من أحد مقصوديها وهو تنقيص المال باخراجه لم تجز فيه النيابة ولا يقوم به غيره اذ لا بد من اذنه والواقع من النائب ليس الا المناولة للفقير وبه يحصل المقصود الآخر الذى هو من حيث هو لا مشقة به على المالك وعلى هذا كان مقتضى القياس أن لا تجرى النيابة فى الحج لتضمنه المشقتين البدنية والمالية والاولى لم تقم بالآمر لكنه تعالى رخص فى اسقاطه بتحمل المشقة الاخرى أعنى اخراج المال عند العجز المستمر الى الموت رحمة وفضلا وذلك بأن يدفع نفقة الحج الى من يحج عنه بخلاف حال القدرة فانه لم يعذره لان تركه فيها ليس الا لمجرد ايثار راحة نفسه على أمر ربه وهو بهذا يستحق العقاب لا التخفيف فى طريق الاسقاط وانما شرط دوامه الى الموت لان الحج فرض العمر فحيث تعلق به خطابه لقيام الشروط وجب عليه أن يقوم هو بنفسه فى أول أعوام الامكان فاذا لم يفعل أثم وتقرر القيام بها بنفسه فى ذمته فى مدة عمره وان كان غير متصف بالشروط فاذا عجز عن ذلك بعينه وهو أن يعجز عنه فى مدة عمره رخص له الاستنابة رحمة وفضلا منه فحيث قدر عليه وقتا ما من عمره بعد ما استناب فيه لعجز لحقه ظهر انتفاء شرط الرخصة فلذا لو أحج عنه غيره لمرض يرجى زواله أولا أو كان محبوسا كان أمره مراعى ان استمر بذلك المانع حتى مات ظهر أنه وقع مجزيا وان عوفى

الدائم فى حق جواز الفدية عن صومه مع ان الصوم ليس بفرض العمر * قلنا المنافاة الصوم عن وقته التحق بفرض العمر لان قضاءه لازم عليه ما دام حيا فاستغرق العمر قضاء وان لم يستغرق أداء * وروى المعلى عن أبى يوسف رحمه الله فى الاحجاج ان برئ المريض قبل فراغ المأمور تلزمه الاعادة وان برأ بعد الفراغ لا تلزمه الاعادة * ثم العجز ان كان بعذر لا يزول كالعمى والزمانة جاز أن يحج عنه لقيام العجز الدائم وان كان بعذر يرجى زواله كالمرض والحبس والجنون فان استمر الى وقت الموت حكم بوقوع الاحجاج موقع الفرض للعذر وان صح فعليه حجة الاسلام واذا أحج الرجل الصحيح رجلا ثم عجز لم يجزه عن الحجة لفقد العذر حالة الاحجاج (قوله كالفدية فى باب الصوم) الفدية فى باب الصوم أقيم مقام الصوم فى حق سقوط الصوم فكذا الانفاق هنا أقيم مقام الحج فى حق سقوط الافعال وهذا لان الانفاق سبب لاداء الحج واقامة السبب مقام المسبب أصل فى الشرع هذا هو الكلام فى الحج الفرض فاما اذا أمر رجل رجلا أن يحج عنه تطوعا فحج المامور فالحج يقع عن المأمور وللآمر ثواب النفقة لان الاصل وقوع الحج عن الحاج والحج عن الآمر انما وقع فى الفرض بالنص حيث قالت الخثعمية ان فريضة الحج أدركت أبى فبقى النفل على أصل القياس

وخلص من السجن ظهر أنه لم يقع مجزيا وظهر وجوب المباشرة بنفسه ولو أحج صحيح غيره ثم عجز لا يجزيه كذا فى فتاوى قاضيخان وهو صحيح لانه أذن قبل وجود سبب الرخصة ولا يتخايل خلاف هذا مما فى الفتاوى أيضا قال اذا قال رجل لله على ثلاثون حجة فأحج عنه ثلاثين نفسا فى سنة واحدة ان مات قبل أن يجيء وقت الحج أجاز عن الكل لانه لم تعرف قدرته بنفسه عند مجيء وقت الحج وهو يقدر بطلت حجة لانه يقدر بنفسه عليها فانعدم شرط صحة الاحجاج فى هذه السنة وعلى هذا كل سنة تجيء ومنها المرأة اذا لم تجد محرما لا تخرج الى الحج الى أن تبلغ الوقت الذى تعجز عن الحج فيه فحينئذ تبعث من يحج عنها أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم فان بعثت رجلا ان دام عدم وجود المحرم الى أن ماتت فذلك جائز كالمريض اذا أحج عنه رجلا ودام المرض الى أن مات * واعلم أن ما تقدم فى أول كتاب الحج من كون شرط الاحجاج عن الفريضة مجيء الوقت وهو قادر فلا يحج حتى يعرض المانع ويدوم الى الموت فلو أوصى قبل الوقت فمات لا يصح وقدمنا من اختلاف زفر ويعقوب فى نصراني أسلم أو صبي بلغ فمات قبل ادراك الوقت وأوصى بحجة الاسلام أن الوصية باطلة على قول زفر لما قلنا وجائزة على قول أبي يوسف لان السبب تقرر فى حقهما والوقت شرط الاداء وفيه نظر اولا فى كونه شرط الاداء بل هو شرط الوجوب والسبب وان كان هو البيت لكن الموصى به ليس مطلق الحج ليلزم الورثة ان وسع الثلث بل الحج الفرض وقد تحققنا عدمه عليهما الى أن ماتا فقول زفر أنظر وفى البدائع لو كان فقيرا صحيح البدن لا يجوز حج غيره عنه لان المال شرط الوجوب فاذا لا مال لا وجوب فلا ينوب عنه غيرة فى أداء الواجب ولا واجب حينئذ وهذا يؤيد ما ذكرناه والله سبحانه أعلم أما الحج النفل فلا يشترط فيه العجز لانه لم يجب عليه واحدة من المشقتين فاذا كان له تركهما كان له أن يتحمل احداهما تقربا الى ربه عز وجل فله الاستنابة فيه صحيحا ثم ان وجوب الايصاء انما يثبت ابتداء اذا كان صحيح البدن عند أبي حنيفة رحمه الله فان لم يكن صحيحا لم يتعلق به فلا يجب عليه الاحجاج وعندهما اذا كان له مال تعلق به وان كان زمنا أو مفلوجا على ما سلف من أن من الشرائط عنده صحة الجوارح خلافا لهما وأسلفنا فى أول كتاب الحج أن قولهما رواية الحسن عنه وأنه أوجه وذكرنا الوجه ثمة فليراجع ثم اختلف فى أن نفس الحج يقع عن الآمر أو عن المأمور فعن محمد عن المأمور بناء على أنه أقيم الانفاق على الحاج مقام نفس الفعل شرعا كالشيخ الفانى حيث أقيم الاطعام فى حقه مقام الصوم قالوا ان بعض الفروع ظاهرة فى هذا وسيأتى وعليه جمع من المتأخرين صدر الاسلام والاسبيجابى وقاضيخان حتى نسب شيخ الاسلام هذا لاصحابنا فقال على قول أصحابنا أصل الحج عن المامور ومختار شمس الائمة السرخسى وجمع من المحققين أنه يقع عن الآمر وهو ظاهر المذهب ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض الفروع فمن الآثار حديث الخثعمية وهو أن امرأة من خثعم قالت يا رسول الله ان فريضة الله فى الحج على عباده أدركت أبى شيخا كبيرا لا يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم متفق عليه فقد أطلق على فعلها الحج كونه عنه وكذا قوله للرجل حج عن أبيك واعتمر رواه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه وأما الفروع فان المامور لا يسقط عنه حجة الاسلام بهذه الحجة فلو كانت عنه لسقطت اذ الفرض أن حجة الاسلام تتادى باطلاق النية وتلغو الجهة على ذلك التقدير وفيه تأمل ولم يستدل فى البدائع بعد حديث الخثعمية سوى باحتياج النائب الى اسناد الحج الى المحجوج عنه فى النية ولو لم يقع نفس الحج عن الآمر لم يحتج الى نيته * واعلم أن شرط الاجزاء كون أكثر النفقة من مال الآمر والقياس كون الكل من ماله الا أن فى التزام ذلك حرجا بينا لان الانسان لا يستصحب المال ليلا ونهارا فى كل حركة وقد يحتاج الى شربة ماء وكسرة خبز فى بغتة فاسقطنا اعتبار القليل استحسانا واعتبرنا الاكثر اذ له حكم الكل فان أنفق الاكثر أو الكل من مال نفسه وفى المال المدفوع اليه وفاء بالحج رجع به فيه اذ قد يبتلى بالانفاق فى مال نفسه لبغتة الحاجة ولا يكون المال حاضرا فيجوز ذلك كالوصى والوكيل يشترى لليتيم ويعطى الثمن من مال نفسه ثم يرجع به فى مال اليتيم وحينئذ لا يشكل ما فى الكافى للحاكم الشهيد لو قال أحجوا فلانا حجة ولم يقل عنى ولم يسم كم يعطى قال يعطى قدر ما يحج به وله أن

لا يحج به اذا أخذه ويصرفه الى حاجة أخرى قال فى المبسوط لانه لما أمر بذلك انما جعل الحج عيارا لما أوصى له به من المال ثم أشار عليه أن يحج به عن نفسه فكانت الوصية صحيحة ومشورته غير ملزمة فان شاء حج وان شاء لم يحج اهـ والحاصل أنه انما أوصى له بمال يبلغ أن يحج به وفى غريب الرواية للسيد الامام ابن شجاع رجل أوصى بان يحج عنه فحج عنه ابنه ليرجع فى التركة فانه يجوز كالدين اذا قضاه من مال نفسه ولو حج على أن لا يرجع لا يجوز عن الميت ولا يتخايل خلافه فى عيون المسائل قال اذا أوصى أن يحج عنه بعض ورثته فاجاز سائر الورثة وهم كبار جاز وان كانوا صغارا أو غيبا كبارا لم يجز لان هذا يشبه الوصية للوارث بالنفقة فلا تجوز الا باجازة الورثة اهـ فيحمل الاول على ما اذا أمره باقى الورثة بذلك والنفقة المشروطة ما تكفيه لذهابه وايابه لانه فى ذلك عامل للميت ولو توطن مكة بعد الفراغ خمسة عشر يوما بطلت نفقته فى مال الميت لانه توطن حينئذ لحاجة نفسه بخلاف ما اذا أقام أقل فانه مسافر على حاله وقال بعض المشايخ اذا أقام أكثر من ثلاث فهى فى مال نفسه لتحقق الحاجة الى الثلاث للاستراحة لا للاكثر قالوا هذا فى زمانهم اذ كان يقدر على الخروج متى شاء أما فى زماننا فلا الا مع الناس فعلى هذا اذا كان مقامه بمكة أو غيرها الانتظار القافلة فنفقته فى مال الميت وان كان أكثر من خمسة عشر يوما لانه لا يقدر على الخروج الا معهم فلم يكن متوطنا لحاجة نفسه فان أقام بعد خروجها فنفقته فى مال نفسه فان بدا له بعد ذلك أن يرجع رجعت نفقته فى مال الميت لانه كان استحق نفقة الرجوع فى مال الميت فهو كالناشزة اذا عادت الى المنزل والمضارب اذا أقام فى بلدته أو بلدة أخرى خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة فان خرج مسافرا بعد ذلك عادت فيه وقد روى عن أبى يوسف أنه لا تعود نفقته فى مال الميت لانه فى الرجوع عامل لنفسه لا للميت لكنا قلنا ان أصل سفره كان للميت فما بقى ذلك السفر بقيت النفقة كذا فى المبسوط وذكر غير واحد من غير ذكر خلاف أنه ان نوى الاقامة خمسة عشر يوما سقطت فان عاد عادت وان توطنها سواء قل أو كثر لا تعود وهذا يفيد أن التوطن غير مجرد نية الاقامة خمسة عشر يوما والظاهر أن معناه أن يتخذها وطنا ولا يحد فى ذلك حدا فتسقط النفقة ثم العود انشاء سفر لحاجة نفسه ولو بعد يومين فلا يستحق به النفقة على الميت والله سبحانه أعلم وصرح فى البدائع بعد نقل الرواية عن أبى يوسف فقال وهذا اذا لم يتخذ مكة دارا فاما اذا اتخذها دارا ثم عاد لا تعود النفقة بلا خلاف ولو كان أقام بها أياما من غير نية الاقامة قالوا ان كانت اقامة معتادة لم تسقط وان زاد على المعتاد سقطت ولو تعجل الى مكة فهى فى مال نفسه الى أن يدخل عشر ذى الحجة فتصير فى مال الآمر ولو سلك طريقا أبعد من المعتادات كان مما يسلكه الناس ففى مال الآمر والا ففى مال نفسه وما دام مشغولا بالعمرة بعد الحج فنفقته فى مال نفسه لانه عامل لنفسه فاذا فرغ عادت فى مال الميت ولو كان بدأ بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا يضمن جميع النفقة لانه خالف الامر وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وفى فتاوى قاضيخان لو ضاعت النفقة بمكة أو بقرب منها أو لم تبق يعنى فنيت فانفق من مال نفسه كان له أن يرجع فى مال الميت وان فعله بغير قضاء لانه لما أمره بالحج فقد أمره بان ينفق عنه ثم ذكر بعده باسطر اذا قطع الطريق على المامور وقد أنفق بعض المال فى الطريق فمضى وحج وأنفق من مال نفسه يكون متبرعا فلا يسقط الحج عن الميت لان سقوطه بطريق التسبب بانفاق المال فى كل الطريق ولا فرق فى ذلك بين الصورتين سوى أنه قيد الاولى بكون ذلك الضياع بمكة أو قريبا منها لكن المعنى الذى علل به يوجب اتفاق الصورتين فى الحكم وهو أن يثبت له الرجوع فان لم يرجع وتبرع به ان كان الاقل جاز والا فهو ضامن لماله والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه من طعام ومنه اللحم وشرابه وثيابه وركوبه وثياب احرامه وليس له أن يدعو أحدا الى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحدا ولا يصرف الدراهم بالدنانير الا لحاجة تدعو الى ذلك ولا يشترى منها ماء الوضوء بل يتيمم ولا يدخل الحمام وفى فتاوى قاضيخان له أن يدخلها بالمتعارف يعنى من الزمان ويعطى أجرة الحارس من مال الآمر وله أن يخلط دراهم النفقة مع الرفقة ويودع المال واختلف فى شراء دهن السراج والادهان قيل لا وقيل يشترى دهنا يدهن به لاحرامه وزيتا للاستصباح ولا يتداوى منه ولا يحتجم ولا يعطى أجرة الحلاق الا أن يوسع عليه

قال (ومن أمره رجلان بان يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة)

الميت أو الوارث وقياس ما في الفتاوى أن يعطى أجرة الحلاق ولا ينفق على من يخدمه الا اذا كان ممن لا يخدم نفسه وله أن يشتري دابة يركبها ومحملا وقربة وادواة وسائر الآلات ومهما فضل من الزاد والامتعة يرد على الورثة أو الوصي الا أن يتبرع به الوارث أو أوصى له به الميت وهذا لان النفقة لا تصير ملكا للحاج بالاحجاج وانما ينفق في ذهابه وايابه على حكم ملك الميت لانه لو ملكه لكان بالاستئجار ولا يجوز الاستئجار على الطاعات وعن هذا قلنا لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك كان للوصي أن يحج عنه بنفسه الا أن يكون وارثا أو دفعه الى وارث ليحج فانه لا يجوز الا أن يجيز الورثة وهم كبار لان هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث الا باجازة الباقين ولو قال الميت للوصي ادفع المال لمن يحج عني لم يجز له أن يحج بنفسه مطلقا واذا علم هذا فما في فتاوى قاضيخان من قوله اذا استأجر المحبوس رجلا ليحج عنه حجة الاسلام جازت الحجة عن المحبوس اذا مات في الحبس وللاجير أجر مثله مشكل لا جرم أن الذي في الكافي للحاكم الشهيد أبي الفضل في هذه المسئلة قال وله نفقة مثله هي العبارة المحررة وزاد ايضاحها في المبسوط فقال وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض بل بطريق الكفاية لانه فرغ نفسه لعمل ينتفع المستأجر به هذا وانما جاز الحج عنه لانه لما بطلت الاجارة بقي الامر بالحج فيكون له نفقة مثله واذا أراد أن يكون ما فضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك فان كان على موت قال والباقي مني لك وصية وفي الفتاوى لو حج المأمور بالحج ماشيا وأمسك مؤنة الكراء كان ضامنا مال الميت والحج لنفسه لانصراف الامر بالحج الى المتعارف وهو بالزاد والراحلة ولو أوصى أن يعطى بعيره هذا الرجل يحج عنه فاكراه الرجل وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا هو المختار لانه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه فكذا ملك أن يؤجره ولانه لو لم يملك ذلك كانت الاجرة له ولا يضمن كالغاصب ويقع الحج عن المأمور فيتضرر الميت به فوجب أن يملك الاجارة نظرا للميت ثم يؤدي البعير الى الورثة لانه ملك مورثهم قال أبو الليث في النوازل وعندي أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير الا أن يكون الميت فوض اليه ذلك ألا ترى ان رجلا لو وكل رجلا بان يبيع بعيره بمائة فآجره بمائة لا يجوز فكذا هذا اه ولو أوصى أن يحج عنه فلان فمات فلان أحجوا عنه غيره ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصي فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن الا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه لان سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق في دفعه الا بأمر ظاهر يدل على صدقه ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لانه يدعي الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده ولا تقبل بينة الوارث أو الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد الا أن يقيما على اقراره أنه لم يحج نظيره قال المودع دفعتها اليك بمكة وأقام رب الوديعة البينة أنه كان في اليوم الذي ادعى فيه الدفع بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة بخلاف ما اذا أقامها على اقراره أنه كان بالكوفة أما لو كان الحاج مديونا للميت وأمره أن يحج بماله الذي عليه وباقي المسئلة بحالها فانه لا يصدق الا ببينة لانه يدعي قضاء الدين وفي خزانة الاكمل القول له مع يمينه الا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فانه لا يصدق في حق غريم الميت الا بالحجة وفي فتاوى أهل سمرقند أوصى رجل أن يحج عنه ولم يقدر فيه شيأ والوصي ان أعطى للحج في محمل احتاج الى ألف ومائتين أو راكبا لا في محمل يكفيه الاقل والاكثر يخرج من الثلث يجب الاقل لانه المتيقن ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يدفع المال الى غيره ليحج به الا اذا قال له الدافع اصنع ما شئت فهذه فوائد مهمة لا يستغنى عنها قدمناها أمام ما في الكتاب تتميما وتكميلا لفائدته ولنرجع الى الشرح (قوله ومن أمره رجلان الخ) صور الابهام هنا أربعة أن يهل بحجة عنهما أو عن أحدهما على الابهام أو يهل بحجة من

قال (ومن أمره رجلان) صورة المسئلة ظاهرة وذهب الشارحون الى أن الدليل غير مطابق للمدلول لان المدلول قوله (فهي) أي الحجة (عن الحاج ويضمن النفقة) ودليله لأن الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانه خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق أمر الآمر

(قوله ثم قال صاحب النهاية الى قوله وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانه الخ) أقول لا قرينة على هذا التقدير

(قوله فأهل بحجة عنهما) أي شرع في الافعال قبل أن يعين عن أحدهما على ما يأتي بعدها (قوله فهي عن الحاج ويضمن النفقة) لان الحج يقع عن الآمر أي فيما اذا وافقه وأحرم عنه على التعيين وهنا لم يقع عنه

لان

(لان الحج) حينئذ (يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام) وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المامور فكان هذا التعليل تعليلا لما اذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المامور للآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين ولا احال ذلك مقصود المصنف لانه قال بعد هذا (ويضمن النفقة ان أنفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه فلو كان ذلك مراده كان هذا مستدركا وقال بعضهم زل فيه أقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا لا مطابقة بين الدليل (٧١) والمدلول ولا توافق التعليل المدعى ونقل تقرير الكلام كما نقلنا ثم قال فاقول

لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن أحدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن أبويه فان له أن يجعله عن أيهما شاء لانه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أو لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف أمرهما فيقع عنه ويضمن النفقة أن أنفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان أبهم الاحرام بان نوى عن أحدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية وان عين أحدهما قبل المضي فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه

غير تعيين للمحجوج عنه أو يحرم عن أحدهما بعينه بلا تعيين لما أحرم به ففي الاولى قال هي عن الحاج ويضمن النفقة وفي الثانية قال ان مضى على ذلك الخ وحاصله أنه ما لم يشرع في الاعمال فالامر موقوف لم ينصرف الاحرام الى نفسه ولا الى واحد من الآمرين فان عين أحدهما قبل الوقوف انصرف اليه والا انصرف الى نفسه وضمن النفقة وفي الثالثة قال في الكافي لا نص فيه وينبغي أن يصح التعيين هنا اجماعا لعدم المخالفة وفي الرابعة يجوز بلا خلاف ومبنى الاجوبة على أنه اذا وقع عن نفس المامور لا يتحول بعد ذلك الى الآمر وأنه بعد ما صرف نفقة الآمر الى نفسه ذاهبا الى الوجه الذي أخذ النفقة له لا ينصرف الاحرام الى نفسه الا اذا تحققت المخالفة أو عجز شرعا عن التعيين اذا عرفنا هذا فلا اشكال في تحقق المخالفة اذا أحرم بحجة واحدة عنهما وهو غني عن الاطناب وما يتخايل من جعل الحجة الواحدة عن أبويه مضمحل بان الكلام فيما اذا كان مامورا يفعل بحكم الآمر على وزانه لا فيما اذا حج متبرعا فلا يتحقق الخلاف في تركه تعيين أحدهما في الابتداء فيحتمل التعيين في الانتهاء لان حقيقته جعل الثواب ونقول لو أمره كل من الابوين أن يحج عنه حجة الاسلام فاحرم بها عنهما كان الجواب كالجواب المذكور في الاجنبيين فلا اشكال في أن مخالفة كل منهما فيما اذا أحرم بحجة عن أحدهما لم تتحقق بمجرد ذلك لان كلا منهما أمر بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ولا منافاة بين العام والخاص ولا يمكن أن تصير للمامور لانه نص على اخراجها عن نفسه بجعلها لاحد الآمرين فلا تنصرف اليه الا اذا وجد أحد الامرين الذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لان معه مكنة التعيين ما لم يشرع في الاعمال بخلاف ما اذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطا لان الاعمال لا تقع لغير معين فتقع عنه ثم ليس في وسعه أن يحولها الى غيره وانما جعل له الشرع ذلك في الثواب ولولا السمع لم يحكم به في الثواب أيضا ولا خفاء في أن احرامه بحجة بلا زيادة ليس فيه مخالفة أحد ولا تعذر التعيين ولا يقع عن نفسه لما قدمناه وأما الرابع

لانه خالفهما فيقع عن المأمور فيضمن النفقة (قوله بخلاف ما اذا حج عن أبويه) لان الوارث غير مامور بالحج ومن حج عن غيره بغير أمره لا يكون حاجا عنه بل يكون جاعلا ثواب الحج له فاذا أهل بحجة الغت نيته في كون الحج لهما فيبقى الحج له وعمله يكون سببا للثواب فيبقى خياره بعد وقوعه سببا للثواب على ما كان قبله اما هنا فيفعل ما يفعل بحكم الآمر والحج يقع عن الآمر من وجه بدليل انه لم يخرج الحاج عن عهدة حجة الاسلام فكان مامورا بايقاع الحجة لكل واحد منهما على الخلوص بدون الاشتراك فيقع عن نفسه للمخالفة لكل واحد أحدهما فيقع عن المامور لكن في كلامه اغلاق كما لا يخفى وهذا تعليل لقوله فهي عن الحاج وأما تعليل قوله ويضمن النفقة فمذكور بعيد هذا فان قيل اذا وقع عن الحاج فليجعل عن أيهما شاء كما اذا أهل عن أبويه فان له أن يجعله عن أيهما شاء أجاب بقوله (ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك) أي بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح وقوله (وان أبهم الاحرام) ظاهر

الكلام كما نقلنا ثم قال فاقول ليس الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان أولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بان يقال هي عن الحاج أي الحجة تقع عن الحاج وهو المامور ويضمن النفقة لكل واحد منهما ان أنفق من مالهما لان الحج المؤدى في هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الاسلام ولكن كل واحد من الآمرين أمر بان يخلص له الحج ولم يامر بالاشتراك فلما نوى عنهما جميعا خالف الامر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه وأقول بتوفيق الله تعالى في تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الآمر لان الآمر شخصان كل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك وليس أحدهما أولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن

(قوله وقال بعضهم زل فيه أقدام الشارحين) أقول القائل هو الاتقاني (قوله ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الآمر) أقول يعني لا يمكن أصلا وأراد الشارح بهذا الكلام الرد على الاتقاني فانه زعم أن الحج في هذه الصورة يقع عن الآمر من وجه

وقوله (لان الملتزم هنالك مجهول) معناه أن جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين وأما جهالة من له الحق فهي مانعة ألا ترى أن الاقرار بمجهول لمعلوم جائز دون عكسه (وجه الاستحسان أن الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا) بدليل صحة تقدمه على وقت الاداء وهو أشهر الحج (فاكتفى به) أي بالاحرام المبهم من حيث انه شرط لان الشروط يراعى وجودها كيفما كان ألا ترى أن الانسان اذا توضأ للتبرد جاز له أن يصلي به وحاصله أن المقصود الاصلي هو أداء الافعال والتعيين في ابتدائه ممكن لانه يقع على ماعين لا على الابهام بخلاف ما اذا أدى ثم عين فانه يقع على الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على

مامضى واضمحل فلا يفيد شيأ قال (فان أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم)

بخلاف ما اذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ماشاء لان الملتزم هنالك مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان أن الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا بخلاف ما اذا أدى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا قال (فان أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) لانه وجب شكر الماوفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن المأمور

فأظهر من الكل ولو أمره رجل بحجة فأهل بحجتين احداهما عن نفسه والاخرى عن الآمر فهو مخالف لتضمن الاذن بالحج مع كون نفقة السفر هي المحققة للصحة افراد السفر للآمر فلو رفض التي عن نفسه جازت الباقية عن الآمر كانه أحرم بها وحدها ابتداء اذ لا اخلال في ذلك المقصود بالرفض والحاج عن غيره ان شاء قال لبيك عن فلان وان شاء اكتفى بالنية عنه والافضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الاسلام خروجا من الخلاف وسنقرره ان شاء الله تعالى ويجوز احجاج الحر والعبد والامة والحرة وفي الاصل نص على كراهة المرأة في المبسوط فان أحج امرأة أنه جاز مع الكراهة لان حج المرأة أنقص فانه ليس عليها رمل ولا سعي في بطن الوادي ولا رفع صوت بالتلبية ولا الحلق اه والافضل احجاج الحر العالم بالمناسك الذي حج عن نفسه حجة الاسلام وذكر في البدائع كراهة احجاج الصرورة لانه تارك فرض الحج والعبد لانه ليس أهلا لاداء الفرض عن نفسه فيكره عن غيره وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الآمر وان مرض في الطريق الا أن يكون وقت الدفع قيل له اصنع ماشئت فحينئذ يكون له أن يأمر غيره به وان كان صحيحا وفيه لو أحج رجلا يحج ثم يقيم بمكة جاز لان الفرض صار مؤدى والافضل أن يحج ثم يعود اليه (قوله بخلاف ما اذا لم يعين حجة أو عمرة) هذه هي الصورة الرابعة فيما ذكرناه من صور الابهام توهمها واردة عليه فدفع الايراد بالفرق لان الملتزم فيها مجهول دون الملتزم له ومانحن فيه قلبه وجهالة الملتزم لا تمنع لما عرف في الاقرار بمجهول لمعلوم حيث يصح ويلزمه البيان بخلافه بمعلوم لمجهول فانه لا يصح أصلا (قوله وان أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) وهو المأمور لا في مال الآمر وقرن يقرن من باب نصر ينصر (لانه وجب شكر الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة قالوا ان هذه تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله من أن الحج يقع عن المأمور) وانما للآمر ثواب النفقة يسقط به الحج عن الآمر شرعا وقد

منهما وبعدما وقع عن نفسه لا يمكن ان يقع عن غيره (قوله بخلاف ما اذا لم يعين حجة أو عمرة) بأن قال لبيك اللهم لبيك ولم يقل بحجة أو بعمرة قوله لان الملتزم هنالك مجهول وههنا المجهول من له الحق) فجهالة الملتزم غير مانعة لوجوب التعيين واما جهالة من له الحق فمانعة بدليل مسئلة الاقرار فان من أقر بمجهول لمعلوم بان قال لفلان على شئ يصح ووجب التعيين ولو أقر بمعلوم لمجهول بان قال لواحد من الناس على ألف درهم لم يصح (قوله ان الاحرام شرع وسيلة بدليل صحة تقديمه على وقت الاداء وهو اشهر الحج (قوله فاكتفى به شرطا)

رجل أمر رجلا أن يقرن عنه بضم الراء ففعل فالدم على المامور (لانه وجب شكر الماوفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صدرت (منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروى عن محمد أن الحج يقع عن المامور) وفيه نظر لجواز أن يكون المأخذ في كون الدم واجبا على المامور كونه نسكا كسائر المناسك وسائر المناسك على المامور فكذا هذا لا كونه شكر الماوفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك لوجب على الآمر لانه هو المنتفع بمتعة القران بسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران

(قال المصنف وهذه المسئلة تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله) أقول قال ابن الهمام قد يقال لا تلزم هذه الشهادة اذ لا شك أن الافعال انما وجدت من المامور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعا ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي ولان موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير وأحدهما بتقديره يجب على المامور وهو الصوم وكذا الآخر لان كليهما موجب واحد لهذا العمل اه وفيه تأمل (قوله وفيه نظر الى قوله فكذا هذا الخ) أقول نعم الا أنه حينئذ يجب أن يكون من مال الآمر وقد يقال وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي والافعال وجدت من المامور حقيقة فلا تلزم هذه الشهادة (وكذلك

(وكذلك ان أمره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه وأذناله بالقران) فالدم عليه لما قلنا (ودم الاحصار على الآمر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف على الحاج) لانه وجب للتحلل دفعا الضرر

يقال لا تلزم هذه الشهادة اذ لا شك أن الافعال انما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعا ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي ولان موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم فكذا الآخر لان كليهما موجب واحد لهذا العمل (قوله وكذا اذا أمره واحد بان يحج عنه والآخر أن يعتمر عنه وأذناله في القران) يعني يكون الدم في ماله (لما قلنا) وقيد باذنهما له بالقران لانهما لو لم يأذناله فقرن عنهما كان مخالفا فيضمن نفقتهما الا لان افراد كل منهما أفضل من قرانهما بل لما قدمناه من أن أمر الآمر بالنسك يتضمن افراد السفر له به لمكان النفقة أعني تضمن الامر بانفاق ماله في جميع سفره ويستلزم زيادة الثواب وفي القران عدم افراد السفر فقلت النفقة ونقص الثواب فكان مخالفا هذا ولو كان واحد أمره بالحج فقرن عنه ضمن النفقة عند أبي حنيفة خلافا لهما لهما أن القران أفضل فقد فعل المأمور به على وجه أحسن فلا يكون مخالفا كالوكيل اذا باع باكثر مما سمى له الموكل ولابي حنيفة انه مأمور بانفاق المال بسفر مفرد للحج وقد خالف فيقع عن نفسه ويضمن كالو تمتع ولم يندفع بعد هذا قولهما انه خلاف الى خير فكان صحيحا اذ يثبت الاذن دلالة بخلاف التمتع فان السفر وقع للعمرة بالذات ولان الامر بالحج تضمن السفر له ووقوع احرامه من ميقات أهل الآفاق والمتمتع يحرم بالحج من جوف مكة والاوجه ما في المبسوط من أن هذه العمرة لم تقع عن الآمر لانه لم يأمره بها ولا ولاية للحاج في ايقاع نسك عنه لم يأمره به ألا ترى أنه لو لم يأمره بشئ لم يجز أداؤه عنه فكذا اذا لم يأمره بالعمرة واذا لم تكن العمرة عن الميت صارت عن نفسه وصار كانه نواها عن نفسه ابتداء وبمثله امتنع التمتع لعدم وقوع العمرة عن الميت وما اذا أمره بعمرة فقرن عند أبي حنيفة على ماذكر في البدائع أنه يضمن أيضا عنده كالحج اذا قرن عنده ولو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن اتفاقا فكذا هذا قال في المبسوط الا أنه ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه وان نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفا ولكن يرد من النفقة بقدر حصة العمرة لانه مأمور بتحصيل الحج عنه بجميع النفقة فاذا ضم اليه عمرة لنفسه فقد حصل له ببعض النفقة وهو خلاف الى خير كالوكيل بشراء عبد بالف اذا اشتراه بخمسمائة قال شمس الائمة وليس هذا بشئ فانه مأمور بتجريد السفر للميت ثم ويحصل للميت ثواب النفقة فبتنقيصها ينقص الثواب بقدره فكان هذا الخلاف ضررا عليه ولا اشكال أنه اذا بدأ بعمرة لنفسه يضمن للمخالفة ولا تقع الحجة عن حجة الاسلام عن نفسه لانها أقل ما يقع باطلاق النية وهو قد صرفها عنه في النية وفيه نظر ولو حج عن الميت ثم اعتمر لنفسه بعد الحج فعند العامة لا يكون مخالفا على قول أبي حنيفة ولو أمره بعمرة فقرن فهو على الخلاف بين الثلاثة الا أن على قولهما بقية ما بقي من الحج بعد أداء العمرة تكون نفقته فيه على نفسه لانه في ذلك عامل لنفسه ولو اعتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك عن نفسه لم يكن مخالفا لانه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر وانما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها ونفقته مقدار مقامه للحج من ماله وروى ابن سماعة عن محمد اذا حج المامور بالحج عن الميت فطاف لحجة وسعى ثم أضاف عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لان هذه العمرة واجبة الرفض فكانت كعدمها ولو كان جمع بينهما أي قرن ثم لم يطف حتى وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك وهو مع ذلك مخالف لانه لما أحرم بهما جميعا فقد صار مخالفا على ماذكرناه عن أبي حنيفة فوقعت الحجة عن نفسه فلا تحتمل النقل بعد ذلك برفض العمرة (قوله ودم الاحصار الخ) الدماء الواجبة في الحج اما دم الاحصار وهو على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد

أي فاكتفى بالاحرام المبهم من حيث انه شرط (قوله وأذناله بالقران فالدم عليه) وانما قيد بقوله وأذناله بالقران فانه لو لم يأذناله بالقران لا يجوز له أن يجمع بينهما الاجلهما فلو قرن كان مخالفا كذا في المبسوط

(وكذلك ان أمره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه وأذناله بالقران فالدم عليه لما قلنا) يعني قوله لانه وجب شكرا الخ وانما قيد بقوله وأذناله بالقران لانه اذا لم يأذناله بذلك لا يجوز له أن يجمع بينهما الاجلهما فلو قرن كان مخالفا واعترض بانه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد باذنهما فانه لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه أيضا وبانه ان خالف عند عدم الاذن خالف الى ما هو خير وهو القران لانه أفضل عندنا والمخالفة الى خير غير ضائرة وأجيب بانه اذا أذناله بذلك كان مما يوهم أنه ضرر مرضي فيكون عليهما بخلاف ما اذا لم يأذنا فازال الوهم بقوله وأذناله بالقران وبان خيرية القران انما هو بالنسبة الى الجامع بين النسكين لا الى الآمر ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن عنده أبو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك (ودم الاحصار على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف على الحاج)

(قوله ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن عده أبو حنيفة رحمه الله مخالفا) أقول لان العمرة وقعت للمامور اذ لم ينتظمها الامر فللآمر الحج الضمني والحج المفرد خير من الضمني فتامل

و وجههما على ماذكر في الكتاب واضح واعترض على قوله ان الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة بان الآمر اذا أمر بالقران فهو الذي أدخل المامور في عهدة الدم ولا يجب عليه وأجيب بان دم القران نسك وقد دفع الآمر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها بخلاف دم الاحصار فانه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الآمر أيضا وقوله (لانه صلة) الصلة عبارة عن أداء مالا يكون في مقابلته عوض مالي وقوله (وغيرها) يعني النذور والكفارات وقوله (لانه وجب حقا للمامور) يعني بادخاله الآمر في هذه العهدة دينا على الميت والدين محله جميع المال وقوله (لان الصحيح هو المامور به) أي الحج الصحيح هو المامور به دون الفاسد فاذا أفسده لم يقع مامورا به فكان واقعا عن المامور فيضمن ما أنفق على حجه من مال غيره ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المامور والحج الذي ياتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعا عن المامور أيضا وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ومما ذكرنا علم أن الدماء ثلاثة أنواع دم نسك كدم القران والتمتع ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ودم مؤنة كدم الاحصار قال في المبسوط كل دم يلزم المجهز يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان نسكا فاقامة المناسك عليه وان كان كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما بترك واجب فهو الذي ترك ما كان واجبا فلهذا كانت هذه الدماء عليه الا دم الاحصار فانه في مال الآمر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه

امتداد الاحرام وهذا راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما أن الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه خلاصه (فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت) عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكاة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا (ودم الجماع على الحاج) لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار (ويضمن النفقة) معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره أما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر

وعند أبي يوسف على المأمور فان كان المحجوج عنه ميتا ففي ماله عندهما ثم هل هو من الثلث أو من كل المال خلاف بين المشايخ وتقرير الوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب فلا نطيل به ثم يجب عليه الحج من قابل بمال نفسه وأما دم القران وقد تقدم قالوا هذا ودم القران يشهدان لمحمد رحمه الله وقد تكلمنا في دم القران وأما كون حج القضاء من مال نفسه فلأنه لم يتم الافعال بسبب الاحصار وانما يقع ما هو مسمى الحج عنه ولم يتحقق وأما دم الجناية كجزاء صيد وطيب وشعر وجماع ففي مال الحاج اتفاقا لانه هو الجاني عن اختيار والامر بالحج لا ينتظم الجناية بل ينتظم ظاهر اعدمها فيكون مخالفا في فعلها فيثبت موجبها في ماله ثم ان كان الجماع قبل الوقوف حتى فسد الحج ضمن النفقة للمخالفة وعليه القضاء لا يشكل كونه في مال نفسه وان كان بعده لا يفسد ولا يضمن النفقة ولو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم المخالفة فهو كالمحصر وعليه الحج من قابل بمال نفسه ولو أتم الحج الا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه لا يضمن النفقة غير أنه حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ليقضي ما بقي عليه لانه جان في هذه الصورة أما لو مات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الآمر لانه أدى الركن الاعظم وأما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك اذا تحقق الا في مال الحاج ولا يبعد أنه لو فرض أنه أمره أن يحرم بحجتين معا ففعل حتى ارتفضت احداهما كونه على الآمر ولم أره والله تعالى أعلم (قوله

فيقع الحج له فيكون الدم عليه لا محالة * وانما يتوهم وجوب الدم على الآمر عند الاذن بالقران فلدفع هذا الوهم قيد بالاذن فان قيل لما كان هذا دم شكر ينبغي أن يجب على الآمر لان المنتفع بالقران هو الآمر * قلنا ان هذا الدم دم نسك كسائر المناسك وانه على المأمور فكذا هذا ألا ترى أنه اذا عجز عن الهدي كان الصوم عليه * وحاصله ان الدماء ثلاثة أنواع ما يجب جزاء على جناية كجزاء الصيد ونحوه وما يجب نسكا كدم القران والمتعة * وما يجب مؤنة كدم الاحصار فكلها على المأمور سوى دم الاحصار فانه مختلف فيه (قوله ولهما أن الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه خلاصه) كالعبد اذا أحرم باذن مولاه ثم أحصر كان عليه اخراجه * توضيحه أن دم الاحصار بمنزلة نفقة الرجوع ونفقة الرجوع في مال الميت وان كان الحاج هو المنتفع به ولا ضمان عليه فيما أنفق لانه لم يكن مخالفا لامر الميت فيما أنفق ألا ترى انه لو مات في الطريق لم يضمن ما أنفق فكذلك اذا أحصر كذا في المبسوط (قوله لانه صلة) الصلة عبارة عن أداء مال ليس في مقابلته عوض مالي (قوله وغيرها) كالنذور والكفارات (قوله لان الصحيح هو المأمور) يعني اذا أفسده كان مخالفا ووقع الفاسد عن الحاج ثم لما قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المأمور والحج الذي ياتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فصار واقعا عن المأمور أيضا كذا في الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله (قوله لما بينا) ولما قلنا راجع الى قوله لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار

دماء

(قوله وأجيب بان دم القران نسك وقد دفع الآمر النفقة الى قوله بخلاف دم الاحصار) أقول فحينئذ يكون من مال الآمر والنصوص

وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله وهو الجاني عن اختيار قال (ومن أوصى بان يحج عنه) صورة هذه المسئلة رجل له أربعة آلاف درهم أوصى بان يحج عنه فمات وكان مقدار الحج ألف درهم فدفعها الوصي الى من يحج عنه فسرق في الطريق قال أبو حنيفة رحمه الله يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرق ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى وهكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرقت الالف التي دفعها أولا بطلت الوصية وان بقي منها شئ يحج به لا غير لان تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائبا عنه ولو أفرزها الموصي ثم هلكت بطلت الوصية فكذلك

خلاف ذلك

دماء الكفارات على الحاج لما قلنا (ومن أوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات أو سرقت نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يحج عنه من حيث مات الاول) فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج أما الاول فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله أما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شئ والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند أبي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية

ومن أوصى بان يحج عنه الخ) لا خلاف أن اطلاق الوصية بالحج اذا كان الثلث يحتمل الاحجاج من بلده راكبا ولم يكن الموصي حاجا عن نفسه مات في الطريق ولم يعين المكان الذي مات فيه أو مكانا آخر وجب تعيين البلد والركوب وقد قدمنا في مقدمة الباب أنه لو حج المأمور ماشيا وأمسك مؤنة الكراء لنفسه يقع عن نفسه ويضمن النفقة فاما اذا كان الثلث لا يبلغ الا ماشيا فقال رجل أنا أحج عنه من بلده ماشيا جاز وعن محمد لا يجزيه ويحج عنه من حيث يبلغ راكبا وروى الحسن عن أبي حنيفة ان أحجوا عنه من بلده ماشيا جاز ومن حيث يبلغ راكبا جاز لان في كل نقصا من وجه زيادة من وجه آخر فاعتدلا ولو أحجوا من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين أنه يبلغ راكبا من موضع أبعد يضمن الوصي ويحج عنه من حيث يبلغ الا اذا كان الفاضل شيأ يسيرا من زاد وكسوة لا يكون مخالفا كذا في البدائع هذا اذا لم يعين كمية فان عين بان قال أحجوا عني بالف أو بثلث مالي فان لم يبلغ من بلده جاء ما قلناه وان بلغ واحدة لزمت وان بلغ حججا كثيرة فاما مسئلة الالف فذكرها في المبسوط قال الوصي بالخيار ان شاء دفع عنه كل سنة حجة وان شاء أحج عنه رجالا في سنة واحدة وهو أفضل لان الوصية بالحج بمال مقدر كالوصية بالتصدق به وفي ذلك الوصي بالخيار بين التقديم والتأخير والتعجيل أفضل لانه بعد من فوات المقصود بهلاك المال وأما مسئلة الثلث فذكرها في البدائع وذكر الجواب على نحو مسئلة الالف نقلا عن القدوري الا أنه حكى فيها خلافا فقيل ان القاضي يعني الاسبيجابي قد ذكر في شرح الطحاوي أنه يحج عنه حجة واحدة من وطنه وهي حجة الاسلام الا اذا قال بجميع الثلث قال وما ذكره القدوري أثبت لان الوصية بجميع الثلث و بالثلث واحدة لانه اسم لجميع السهم وذكرها في المبسوط أيضا وأجاب بصرفه الى الحج اذا لم يقل بحجة ولم يذكر خلافا قال لانه جعل الثلث مصروفا الى هذا النوع من القربة فيجب تحصيل مقصوده في جميع الثلث كما لو أوصى أن يفعل بثلثه طاعة أخرى ولو ضم الى الحج غيره والثلث يضيق عن الجميع ان كانت متساوية بدئ بما بدأ به الموصي كالحج والزكاة وعن أبي يوسف تقديم الزكاة لان فيها حقين والحج والزكاة يقدمان على الكفارات والكفارات على صدقة الفطر وهي على النذر وهو والكفارات على الاضحية والواجب على النفل والنوافل يقدم منها ما بدأ به الميت وحكم الوصية بالعتق اذا لم يعين عن كفارة حكم النفل والوصية لآدمي كالفرائض أعني المعين فان قال للمساكين فهو كالنفل ومن الصور المنقولة أوصى بحجة الفرض وعتق نسمة ولا يسعهما الثلث يبدأ بالحجة ولو أوصى بالحجة ولأناس ولا يسعهما الثلث قسم الثلث بينهم بالحصص يضرب للحج بادنى ما يكون من نفقة الحج ثم ما خص الحج يحج به من حيث يبلغ لانه هو الممكن ولو أوصى لرجل بالف وللمساكين بالف وأن يحج عنه بالف وثلثه ألفان يقسم بينهم أثلاثا ثم ينظر الى حصة المساكين فيضاف الى الحجة فما فضل فهو للمساكين بعد تكميل الحج لان الصدقة تطوع والحج فرض الا أن يكون زكاة فيتحاصون في الثلث ثم ينظر الى الزكاة والحج فيبدأ بما بدأ

(قوله أما الاول) وهو اعتبار الثلث وحاصل ذلك ان عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يؤخذ بثلث ما بقي فيحج به مرة أخرى ويجعل الهالك كان لم يكن * وعلى قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان بقي من الثلث الاول وهو ثلث جميع المال مقدار ما يمكن أن يحج به يحج عنه بما بقي والا فتبطل الوصية * وعلى قول محمد رحمه الله تبطل الوصية سواء بقي من الثلث الاول شئ أو لم يبق وهذا الاختلاف بينهم اذا هلك المال أو سرق في يد النائب حتى لو هلك المال في يد الوصي قبل الدفع الى النائب بعد ما قاسم الورثة يحج عنه من ثلث ما بقي

هـذا ولابي يوسف أن الوصية محل نفاذها الثلث (ولابي حنيفة أن قسمة الوصي وعزله لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الوصي لانه لاخصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل) وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هـذا هذا ما يتعلق بما يحج به وأما ما يتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو أيضا واضح واعترض بأن الحديث الذي استدل به لابي حنيفة ظاهره متروك لانه يقتضي أن يكون غير هذه الثلاثة من الاعمال منقطعا وليس كذلك لانها يثاب عليها وما هو كذلك لا يكون منقطعا وأجيب بأن الاعمال كلها على ثلاثة أنواع أعمال عملها فمضت وأعمال لم يشرع فيها فهي بعد معدومة وأعمال شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع (٧٦) أما الاول فلان الماضي لا يحتمل الانقطاع لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك وكذلك الثاني لانه غير موجود وهذا لان الانقطاع عبارة عن تفرق أجزائه والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يوجد بجميع أجزائه فتعين الذي شرع فيه ولم يتموا أما جواب أبي حنيفة عما استدلا به من الكتاب والسنة فهو أنه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لان الكتاب مسوق لحكم الآخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الآخرة كما اذا نوى الصوم في رمضان وصامه الى نصف النهار ومات وجب عليه الايصاء بفدية صوم هـذا اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا وان كان هو مثابا في الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم وكذلك اذا أدركه الموت في خلال الصلاة وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذي رواه وقال في النهاية ثم تأخير تعليلهما عن تعليل أبي حنيفة يحتمل أن يكون لكون قولهما مختار المصنف لما أن قولهما استحسان وقول أبي حنيفة قياس والمأخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان قال

ولابي حنيفة أن قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لاخصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي وأما الثاني فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس أن القدر الموجود من السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا قال صلى الله عليه وسلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال صلى الله عليه وسلم من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان وأصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه وينبني على ذلك المأمور بالحج

به الميت ولو أوصى بكفارة افساد رمضان ولا يخرج من الثلث العتق ولم تجز الورثة يطعم ستين مسكينا هذا وأما ما يرجع الى تعيين الوطن فلا يخلو من أن يكون له وطن واحد أو أوطان فان اتحد تعين ومن فروعه ما عن محمد في خراساني أدركه الموت بمكة فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من خراسان وما عن أبي يوسف في مكي قدم الى الري فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة الا لو أوصى أن يقرن عنه فانه حينئذ يقرن عنه من الري لانه لا قران لاهل مكة فيحمل عليه من حيث هو وان كانت له أوطان في بلدان يحج عنه من أقربها الى مكة ولو عين مكانا جاز منه اتفاقا وكذا اذا عين مكانا مات فيه فلو لم يعين مكان موته وقد مات في سفر ان كان سفر الحج فهو على الخلاف الذي ذكر في الكتاب بقوله وأصل الخلاف في الذي يحج عن نفسه يعني اذا مات في الطريق وأوصى أن يحج عنه وأطلق يلزم الحج من بلده عنده الا ان عجز الثلث وعندهما من حيث مات ولو كان سفر تجارة حج عنه من بلده اتفاقا لان تعين مكان موته في سفر الحج عندهما بناء على أنه لا تبطل عبادة سفره من بلده الى محل موته فبالسفر منه يتحقق سفر الحج من بلده ولا عبادة في سفر التجارة ليعتبر البعض الذي قطع عبادة مع البعض الذي بقي فيجب انشاء السفر من البلد تحصيلا للواجب فان الخطاب يتوجه عليه وهو في بلده بالخروج الى الحج وهو العادة أيضا أن يخرج الانسان من بلده مجهزا فينصرف المطلق اليه ولهـذا وافقا أبا حنيفة في الحاج الذي مات في الطريق فيما لو أقام في بعض البلاد في طريقه حتى تحولت السنة ثم مات فأوصى مطلقا أن

بالاتفاق ثم وثم الى أن يبقى من المال حبة * قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تصح الا بالتسليم الى آخره) وهذا لان القسمة لا تتم الا بالتسليم الى الموصى له وهنا الموصى له هو الحج معنى فلا تتم القسمة الا بالصرف الى الحج (قوله وأما الثاني) وهو اعتبار المكان في الحج ذكر الامام المحبوبي رحمه الله وهذا الاختلاف في المكان فيما

(قوله واعترض بأن الحديث الذي استدل به الى قوله وما هو كذلك لا يكون منقطعا) أقول لا يتوجه هذا الاعتراض بعد ما قال أبو حنيفة رحمه الله ان المراد هو الانقطاع في حكم الدنيا فان الثواب حكم أخروي فليتأمل (قوله فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه) أقول وعلى هذا ففي استثناء العلم والولد تأمل ثم المراد ليس انقطاع نفس العمل اذ النبي صلى الله عليه وسلم ليس مبعوثا الا لبيان الاحكام بل انقطاع ثوابه يعني أنه لا يتجدد له ثواب الا من هذه الثلاث وذلك حكم الآخرة ونظيره حديث الاعمال بالنيات فتأمل (قوله والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك) أقول الظاهر أن يقال والماضي وجد بجميع أجزائه الخ

قال (ومن أهل بحجة عن أبويه يجزيه أن يجعلها عن أحدهما) لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل

يحج عنه من بلده لان ذلك السفر لما لم يتصل به الحجة التي خرج لها في تلك السنة لم يعتد به عن الحج اذا حصلنا على هذا (١) فلو أوصى على وجه انصرفت الى بلده ولم يعين مالا ففعل الواجب فاحجوا منه او مات في أثناء الطريق وقد أنفق بعضها أو سرقت كلها قال أبو حنيفة يحج عنه ثانيا من بلده من ثلث ما بقي وقالا من حيث مات وأما في جانب المال فقال محمد ينظر ان بقي من المدفوع شيء حج به والا بطلت الوصية وقال أبو يوسف ان كان المدفوع تمام الثلث كقول محمد وان كان بعضه يكمل فان بلغ باقيه ما يحج به والا بطلت وقال أبو حنيفة من ثلث ما بقي ثم وثم الى أن لا يبقى ما يبلغ فحينئذ تبطل مثلا كان الخلف أربعة آلاف دفع الوصي ألفا فهلكت يدفع اليه ما يكفيه من ثلث الباقي أو كله وهو ألف فلو هلكت الثانية دفع اليه من ثلث الباقي بعدها هكذا مرة بعد مرة الى أن لا يبقى ما ثلثه يبلغ الحج فتبطل وعند أبي يوسف يأخذ ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا فانه تمام ثلث الالف ثلث الاربعة الآلاف فان كفت والا بطلت الوصية وعند محمد ان فضل من الالف الاولى ما يبلغ والا بطلت فالخلاف في موضعين فيما يدفع ثانيا وفي المحل الذي يجب الاحجاج منه ثانيا أما الاول فلمحمد أن تعيين الوصي كتعيين الموصي ولو عين الموصي مالا فهلك بطلت الوصية فكذا اذا عين الوصي وأبو يوسف يقول محل الوصية الثلث فتعيين الوصي اياه صحيح وتعيينه فيه غير صحيح لان جميع الثلث محل الوصية فما بقي شيء منه يجب تنفيذ الوصية فيه وأبو حنيفة يقول المال ليس بمقصود الموصي بل مقصوده الحج به فاذا لم يفد هـذا التعيين هذا المقصود صار كعدمه وما هلك من المال كان كأن لم يكن بمنزلة ما اذا هلك قبل هذا الافراز والوصية باقية بعد بالاحجاج مطلقة فينصرف الى ثلث الباقي اذا صار الهالك كأن لم يكن قبل الوصية فيكون محلها ثلثه وأما الثاني فبناء على أن السفر هل بطل بالموت أولا فقالا لا وهو استحسان وقال نعم وهو قياس وقوله في الاول أوجه وهما هنا أوجه له قوله عليه الصلاة والسلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له رواه مسلم وأبو داود والنسائي ولهما في أنه لم يبطل ما أخرجه الطبراني في الوسط وأبو يعلى والبيهقي في شعب الايمان عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج الى يوم القيامة ومن خرج معتمرا فمات كتب له أجر المعتمر الى يوم القيامة ومن خرج غازيا في سبيل الله فمات كتب له أجر الغازي الى يوم القيامة قال الحافظ المنذري رواه أبو يعلى من رواية محمد بن اسحق وبقية رواته ثقات وأنت قد أسمعناك أن الحق في ابن اسحق أنه ثقة أيضا ثم ما رواه انما يدل على انقطاع العمل والكلام في بطلان القدر الذي وجد في حكم العبادة والثواب وهو غيره وغير لازمه لان انقطاع العمل لفقد العامل لا يستلزم ما كان قد وجد في سبيل الله وقال تعالى وما كان الله ليضيع ايمانكم فيما كان معتدا به حين وجد ثم طرأ المنع منه وجواب أبي حنيفة أن المراد بعدم الانقطاع في أحكام الآخرة والانقطاع في أحكام الدنيا وهو الذي توجيه هنا كمن صام الى نصف النهار في رمضان ثم حضره الموت يجب أن يوصي بفدية ذلك اليوم وان كان ثواب امساك ذلك اليوم باقيا *(فرع)* مات وترك ابنين وأوصى أن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فانكر أحد الابنين واعترف الآخر فدفع من حصته مائة وخمسين لمن يحج بها ثم اعترف الآخر فان كان حج بأمر الوصي يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين لانه جاز عن الميت بمائة وخمسين وبقيت مائة وخمسون ميراثا بينهما وان حج بغير أمر الوصي يحج مرة أخرى بثلاثمائة (قوله ومن أهل بحجة عن أبويه فله أن يجعلها عن أحدهما) فاستفدنا أنه اذا أهل عن أحدهما على الابهام أن له أن يجعلها عن أحدهما بعينه بطريق أولى ومبناه على أن نيته لهما تلغو بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو متبرع فتقع الاعمال عنه البتة وانما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الاداء فتلغو نيته قبله فيصح جعله بعد ذلك لاحدهما أو لهما ولا اشكال في ذلك اذا كان متنفلا عنهما فان كان على أحدهما حج الفرض فاما أن يكون

اذا خرج النائب لحج عن الآمر ثم مات أو خرج الموصي بنفسه ليحج ثم مات في الطريق وأما لو خرج رجل من

(١) قوله فلو أوصى الخ هكذا في الاصول وفي العبارة حزازة ولعلها من تحريف النساخ كذا بخط العلامة البجراوي حفظه الله كتبه مصححه

ثواب حجه وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على مافرقنا من قبل والله تعالى أعلم

أوصى به أولا فان أوصى به فتبرع الوارث عنه بمال نفسه لا يسقط عن المورث وان لم يوص فتبرع عنه بالاحجاج أو الحج بنفسه قال أبو حنيفة يجزيه ان شاء الله تعالى لقوله عليه السلام للخثعمية أرأيت لو كان على أبيك دين الحديث شبهه بدين العباد وفيه أنه لو قضى الوارث من غير وصية يجزيه فكذا هذا وغير ذلك من الآثار الدالة على أن تبرع الوارث مثل ذلك معتبر شرعا فان قيل فلماذا قيد الجواب بالمشيئة بعد ماصح الحديث قلنا لان خبر الواحد لا يوجب اليقين بل الظن فما كان من الامور التي طريقها العمل لا يحتاج الى ذكر المشيئة فيه لان الظن طريقه فقد تطابقا وسقوط الفرض عن الميت باداء الورثة طريقه العلم فانه أمر يشهد به على الله تعالى بعد القطع بشغل الذمة به فلهذا قيده به * واعلم أن فعل الولد ذلك مندوب اليه جدا لما أخرج الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام قال من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الابرار وأخرج أيضا عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال من حج عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج وأخرج أيضا عن زيد بن أرقم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برا هذا وقد سبق الوعد بتقرير مسئلة حج الصرورة عن الغير والصرورة يراد به الذي لم يحج عن نفسه فمنعه الشافعي رحمه الله لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة فقال من شبرمة قال أخ لي أو قريب لي قال حججت عن نفسك قال لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة رواه أبو داود وابن ماجه قال البيهقي هذا اسناد ليس في الباب أصح منه وعن هذا لم يجوز الشافعي النفل للصرورة قلنا هذا الحديث مضطرب في وقفه على ابن عباس ورفعه والرواة كلهم ثقات فرفعه عبدة بن سليمان قال ابن معين عبدة أثبت الناس في سعيد بن أبي عروبة وتابعه محمد بن عبد الله الانصاري (١) ومحمد بن ميسر وأبو يوسف القاضي كلهم عن سعيد ووقفه غندر عن سعيد ورواه أيضا سعيد بن منصور حدثنا سفيان عن أيوب عن أبي قلابة سمع ابن عباس رجلا يلبي عن شبرمة فذكره موقوفا وليس هذا مثل ماذكرناه غير مرة في تعارض الرفع والوقف من تقديم الرفع لانه زيادة تقبل من الثقة فان ذلك في حكم مجرد عن قصة واقعة في الوجود رواه واحد عن الصحابي برفعه وآخر عن نفسه فقط فان هذا يتقدم فيه الرفع لان الموقوف حاصله أنه قد ذكره ابتداء على وجه اعطاء حكم شرعي أو جوابا بالسؤال ولا ينافي هذا كونه ذكره مأثورا عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم أما في مثل هذه وهي حكاية قصة هي أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ما قال أو أن ابن عباس رضي الله عنهما سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ذلك فهو حقيقة التعارض في شيء وقع في الوجود أنه وقع في ذلك الزمن أو في زمن آخر بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم أو غيره ويجوز أن يكون وقع في زمنه عليه السلام ثم وقع بحضرة ابن عباس سماعه رجلا آخر يلبي عن شبرمة فقال له من شبرمة فقال أخ أو قريب بعين ذلك فهو وان لم يمتنع عقلا لكنه بعيد جدا في العادة فلا يندفع به حكم التعارض الثابت ظاهرا طالبا الحكم فيها ترانا نرجح وقوعه في زمن ابن عباس لان أحكام الحج كانت خفية في زمنه عليه الصلاة والسلام حتى وقع الخطأ في ترتيب أحكام كثيرة فسألوه عنها فقال رجل لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح وكثير وانما تركوا السؤال ابتداء ظنا منهم بأن لا ترتيب معينا في هذه فانها ليست أركانا لعلمهم أن الحج عرفة عنه عليه الصلاة والسلام والطواف بنص الكتاب فلما رأوا أن الذي فعله عليه الصلاة والسلام خلاف ذلك الترتيب فزعوا الى السؤال فعذرهم بالجهل في ذلك الوقت فاما حج الانسان عن غيره فامر يأباه القياس فان العقل لا يقتضي جوازه اذا خلي والنظر في

بلده تاجرا للغير ثم مات وأوصى بان يحج عنه فانه يحج عنه من وطنه اتفاقا (قوله بخلاف المأمور على مافرقنا من قبل) وهو قوله وههنا يفعل بحكم الآمر وقد حققه والله تعالى أعلم بالصواب

*(باب

وقوله (على مافرقنا من قبل) يريد به قوله لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما الخ والله أعلم

(١) محمد بن ميسر هكذا هو في بعض النسخ التي بيدنا وكذلك ضبطه في خلاصة أسماء الرجال بضم أوله وفتح المثناة التحتية والمهملة المشددة فليعلم كتبه مصححه

(باب الهدى)

(الهدى أدناه شاة) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الهدى فقال أدناه شاة قال (وهو من ثلاثة أنواع الابل والبقر والغنم) لانه صلى الله عليه وسلم لما جعل الشاة أدنى فلابد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ولان الهدى مايهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى (ولا يجوز في الهدايا الا ماجاز في الضحايا) لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد (والشاة جائزة في كل شئ الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز فيهما الا البدنة)

مقصود التكاليف على ماقدمناه أول الباب فلم يكن يقدم عليه ذلك الرجل بلا سؤال ثم يتفق أن النبي صلى الله عليه وسلم يطلع عليه فيخبره بالحكم بخلافه في زمن ابن عباس رضي الله عنهما فانه قد ظهرت الاحكام وعرف جواز النيابة باشتهار حديث الخثعمية وغيره بعلك الناس له وصح تكرار ذلك فهو مظنة أن يعلم أصل جواز النيابة فيفعل بلا سؤال فيكون قول ابن عباس رضي الله عنهما رأيا منه ولان ابن المفلس ذكر في كتابه أن بعض العلماء ضعف هذا الحديث بان سعيد بن أبي عروبة كان يحدث به بالبصرة فيجعل هذا الكلام من قول ابن عباس ثم كان بالكوفة يسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم وهذا يفيد اشتباه الحال على سعيد وقد عنعنه قتادة ونسب اليه تدليس فلا تقبل عنعنته ولو سلم فحاصله أمر بان يبدأ بالحج عن نفسه وهو يحتمل الندب فيحمل عليه بدليل وهو اطلاقه عليه الصلاة والسلام قوله للخثعمية حجي عن أبيك من غير استخبارها عن حجها لنفسها قبل ذلك وترك الاستفصال في وقائع الاحوال ينزل منزلة عموم الخطاب فيفيد جوازه عن الغير مطلقا وحديث شبرمة يفيد استحباب تقديم حجة نفسه وبذلك يحصل الجمع ويثبت أولوية تقديم الفرض على النفل مع جوازه والذي يقتضيه النظر أن حج الصرورة عن غيره ان كان بعد تحقيق الوجوب عليه بملك الزاد والراحلة والصحة فهو مكروه كراهة تحريم لانه يتضيق عليه والحالة هذه في أول سني الامكان فيأثم بتركه وكذا لو تنفل لنفسه ومع ذلك يصح لان النهي ليس لعين الحج المفعول بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك الفرض اذ الموت في سنة غير نادر فعلى هذا يحمل قوله عليه الصلاة والسلام حج عن نفسك ثم عن شبرمة على الوجوب ومع ذلك لا ينفي الصحة ويحمل ترك الاستفصال في حديث الخثعمية على علمه بانها حجت عن نفسها أولا وان لم يروا الناطريق علمه بذلك جمعا بين الادلة كلها أعني دليل التضييق عند الامكان وحديث شبرمة والخثعمية والله سبحانه أعلم

(باب الهدى)

هذا الباب تتعلق به الابواب السابقة فان الهدى اما المتعة أو قران أو احصار أو جزاء صيد أو كفارة جناية أخرى فاخره عنها لان معرفة هدى المتعة والقران فرع معرفة المتعة والقران وكذا الباقي والمقصود أنه يتضمن حالات تستدعي سبق تصور مفهومات متعلقاتها وتصديقات ببعض أحكام منها (قوله أدناه شاة) يفيد أن له أعلى وعندنا أفضلها الابل ثم البقر ثم الغنم (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام) هذا بهذا اللفظ لا يعرف الا من كلام عطاء أخرجه الشافعي قال حدثنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء أنه قال أدنى مايهراق من الدماء في الحج وغيره شاة ومافي البخاري من باب فمن تمتع بالعمرة الى الحج عن أبي جمرة نصر بن عمران الضبعي قال سألت ابن عباس عن المتعة فافتاني بها وسألته عن الهدى فقال فيه جزور أو بقرة أو شاة أو شرك في دم الحديث خاص بهدي المتعة (قوله الا في موضعين) تقدم ثالث وهو ما اذا طافت امرأة حائضا أو نفساء (قوله بعد الوقوف بعرفة) يعني قبل الحلق على ماأسلفه من أن الجماع بعده فيه شاة (قوله

(باب الهدى)

(قوله ولا يجوز في الهدايا الا ماجاز في الضحايا) أي يشترط فيها مايشترط في الضحايا من السلامة عن العيوب التي تمنع الجواز كالعور والعرج وغيرهما

(باب الهدى)
لما كثر ذكر لفظ الهدى فيما تقدم من المسائل نسكا أو جزاء ومؤنة احتاج الى بيان الهدى ومايتعلق به من المسائل ولما لم يخل وجوبه عن أحد هذه الاشياء أخر ذكره عن ذكر هذه الاشياء وكلامه واضح

وقد بينا المعنى فيما سبق (ويجوز الاكل من هدى التطوع والمتعة والقران) لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له أن يأكل منها لما روينا وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا (ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا) لانها دماء كفارات وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدى ناجية الاسلمى قال له لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا

فيما سبق) يعنى قوله ولان الجناية أغلظ من الحدث وقوله (ولانه) يعنى الجماع (أعلى أنواع الارتفاقات) (قوله وقد صح) تقدم في حديث جابر الطويل أنه عليه الصلاة والسلام أكل من الكل فانه قال فيه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت الحديث فارجع اليه ومعلوم أنه كان قارنا وكذا أزواجه على ما رجحه بعضهم وهدى القران لا يستغرق مائة بدنة فعلم أنه أكل من هدى القران والتطوع الا أنه انما أكل من هدى التطوع بعدما صار الى الحرم أما اذا لم يبلغ بأن عطب أو ذبحه في الطريق فلا يجوز له الاكل منه لانه في الحرم تتم القربة فيه بالاراقة وفي غير الحرم لا يحصل به بل بالتصدق فلا بد من التصدق ليحصل المقصود ولو أكل منه أو من غيره مما لا يحل له الاكل منه ضمن ما أكله وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك لو أكل لقمة ضمنه كله وليس له بيع شئ من لحوم الهدايا وان كان مما يجوز له الاكل منه فان باع شيئا أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته وحيثما جاز الاكل للمهدى جاز أن يؤكل الاغنياء أيضا (قوله ويستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا) وهو أن يتصدق بثلثها ويهدى ثلثها وكل دم يجوز له الاكل منه لا يجب عليه التصدق بعد الذبح لتمام القربة به وجملة الكلام فيه أن الدماء نوعان ما يجوز لصاحبه الاكل منه وهو دم المتعة والقران والاضحية وهدى التطوع اذا بلغ محله وما لا يجوز وهو دم النذور والكفارات والاحصار وكل دم يجوز له الاكل منه لا يجب عليه التصدق به بعد الذبح لانه لو وجب لبطل حق الفقراء بالاكل وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصدق به بعد الذبح ولو هلك بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين لانه لا صنع له في الهلاك وان استهلكه بعد الذبح فان كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته للفقراء لتعديه على حقهم وان كان مما لا يجب لا يضمن شيئا لانه لم يتعد ولو باع اللحم يجوز له بيعه في النوعين لقيام ملكه الا أن ما لا يجوز له أكله عليه التصدق بثمنه كذا في البدائع (قوله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ناجية الخزاعى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بهدى وقال له ان عطب فانحره ثم أصبغ نعله في دمه ثم خل بينه وبين الناس قال الترمذى حديث حسن صحيح وليس فيه لا تأكل أنت ولا رفقتك وقد أسند الواقدى في أول غزوة الحديبية القصة بطولها وفيها أنه عليه الصلاة والسلام استعمل على هديه ناجية بن جندب الاسلمى وأمره أن يتقدمه بها قال وكانت سبعين بدنة فذكره الى أن قال وقال ناجية بن جندب عطب معى بعير من الهدى فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالابواء فأخبرته فقال انحرها واصبغ قلائدها في دمها ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيئا وخل بينها وبين الناس وأخرج مسلم وابن ماجه عن قتادة عن سنان بن مسلم عن ابن عباس أن ذؤيبا الخزاعى أبا قبيصة حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث بالبدن معه ثم يقول ان عطب منها شئ فخشيت عليه موتا فانحرها ثم اغمس نعلها في دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك وأعل بان قتادة لم يدرك سنانا والحديث معنعن في مسلم وابن ماجه الا أن مسلما ذكر له شواهد ولم يسم ذؤيبا بل قال ان رجلا وانما نهى ناجية ومن ذكر عن الاكل لانهم كانوا أغنياء قال شارح الكنز

(قوله ويجوز الاكل من هدى التطوع) أى للمهدى وللاغنياء هذا اذا ذبح هدى التطوع في محله وهو مكة وأما اذا ذبحه في الطريق أو عطب لا يجوز له الاكل من هدى التطوع ويجوز من هدى الواجب على ما يجىء بعد هذا (قوله لانها دماء كفارات) والمعنى في ذلك

(ولا

وقوله (وقد بينا المعنى فيما سبق) يريد به قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضى الله عنهما ولان الجناية أغلظ من الحدث وقوله ولانه أعلى أنواع الارتفاقات فتغلظ موجبه وقوله (ويجوز الاكل من هدى التطوع) يعنى للمهدى والاغنياء اذا ذبح في محله على ما نذكره وأما الفقراء فيجوز لهم الاكل من جميع الهدايا وقوله (وحسا من المرقة) أى شرب وقوله (ويستحب له أن يأكل منها) لانه لما لم يكن الجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ولو ذكر الاستحباب أولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب اياه وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله انه عليه السلام أكل من لحم هديه وانما أنث الضمير في منها المرجوع الى هدى المتعة والقران والتطوع وقوله (وكذلك يستحب أن يتصدق) ظاهر وقوله عليه السلام (لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا) انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا أغنياء

وقوله (ولا يجوز ذبح هدى التطوع) ظاهر ووجه الاستدلال بقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم أن الله تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من بهيمة الانعام التى نحروها (وقضاء التفث مختص بيوم النحر) فيكون النحر كذلك واعترض بأن ثم للتراخى فربما يكون الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفث فيه وأجيب بأن موجب ثم في التراخى يتحقق بالتأخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك وقوله (ولانه دم نسك) أى كل واحد منهما دم نسك ولهذا حل له التناول منه فيختص بالحرم كالاضحية وقوله (ويجوز ذبح بقية الهدايا) ظاهر والفجاج جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين وقوله (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم) يعنى بعدما ذبحها في الحرم وقوله (ولا يجب التعريف بالهدايا) أى

(ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر) قال العبد الضعيف (وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح) لان القربة في التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي أيام النحر أفضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها أظهر أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية (ويجوز ذبح بقية الهدايا في أى وقت شاء) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده ولنا أن هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال (ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم) لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار أصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال صلى الله عليه وسلم منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم) خلافا للشافعى رحمه الله لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال (ولا يجب التعريف بالهدايا) لان الهدى ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدى المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر فعسى أن لا يجد من يمسكه فيحتاج الى أن يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز

لا دلالة لحديث ناجية على المدعى لانه صلى الله عليه وسلم قال ذلك فيما عطب منها في الطريق والكلام فيما اذا بلغ الحرم هل يجوز له الاكل منه أولا اه وقد أوجدنا في هدى التطوع اذا ذبح في الطريق امتناع أكله منه وجوازه بل استحبابه اذا بلغ محله والمعنى الذى ذكره المصنف في أنها دماء كفارات يستقل بالمطلوب (قوله ولا يجوز ذبح الخ) الحاصل أن دم النذر والكفارات وهدى التطوع يجوز قبل أيام النحر ولا يجوز دم المتعة والقران والاضحية الا فيها ودم الاحصار يجوز في قول أبى حنيفة وأبى يوسف قبلها ولا يجوز عند محمد (قوله أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها الآية الى قوله ثم ليقضوا تفثهم) قد بينا في كون وقت الطواف وقت الذبح ما يفيد مثله وجه كون وقت الذبح وقت قضاء التفث فارجع تأمله وأما وجه الاختصاص فطريقه أن ينفى الجواز قبلها وبعدها بالاجماع وما ذكرناه يفيد كونه فيها فيلزم من مجموع ذلك الاختصاص بأيام النحر والمراد الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبى حنيفة والا لو ذبح بعدها أجزأ الا أنه تارك للواجب وقبلها لا يجزئ بالاجماع وعلى قولهما كذلك في القبلية وكونه فيها هو السنة حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لا شئ عليه عندهما وعنده عليه دم وتقدم تفصيل ذلك واذا عرفت هذا فاطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة والقران الا في يوم النحر فيه نوع ابهام (قوله ويجوز ذبح بقية الهدايا) وهى هدى الكفارات والنذر والاحصار على قوله والوجه ظاهر في الكتاب (قوله ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم) سواء كان تطوعا أو غيره قال تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فكان أصلا في كل دم وجب كفارة وقال تعالى في دم الاحصار ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقال في الهدايا مطلقا ثم محلها الى البيت العتيق ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان فالاضافة ثابتة في مفهومه وهو الحرم بالاجماع ويجوز الذبح في أى موضع شاء من الحرم ولا يختص بمنى ومن الناس من قال لا يجوز الا بمنى والصحيح ما قلنا قال عليه الصلاة والسلام كل عرفة موقف وكل منى منحر وكل المزدلفة موقف وكل فجاج مكة طريق ومنحر رواه أبو داود وابن ماجه من حديث جابر فحصل أن الدماء قسمان ما يختص بالزمان والمكان وما يختص بالمكان فقط (قوله ولا يجب التعريف بالهدايا) سواء أريد بالتعريف الذهاب بها الى عرفات أو التشهير بالتقليد والاشعار كل ذلك لا يجب وقوله (فعسى أن لا يجد من يمسكه) يشير الى الاول وقوله (فيكون مبناه على التشهير) الى

(باب الهدى)

(قال المصنف ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر) أقول يعنى لا يجوز قبله فالقصر اضافى فانه لو ذبح بعده أجزأه الا أنه تارك للواجب وقبله لا يجزئ بالاجماع أو المراد الاختصاص من حيث الوجوب عند أبى حنيفة رحمه الله وعلى قولهما كونه فيها هو السنة حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لا شئ عليه وعنده عليه دم واذا عرفت هذا فاطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة الخ فيه نوع ابهام

(قوله وأجيب الى قوله فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز الخ) أقول غايته أن يثبت الاحتمال وقد علم بالدلالة أنه لا يكون الا يوم النحر فتعين لذلك

ذبحها قبل يوم النحر على ماذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر قال (والافضل فى البدن النحر وفى البقر والغنم الذبح) لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل فى تأويله الجزور وقال الله تعالى أن تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما أعد للذبح وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل فى الهدايا قياما أو أضجعها وأى ذلك فعل فهو حسن والافضل أن ينحرها قياما لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نحر الهدايا قياما وأصحابه رضى الله تعالى عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان فى حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما قال (والاولى أن يتولى ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فى حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقى عليا رضى الله عنه ولانه قربة والتولى فى القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع الا أن الانسان قد لا يهتدى لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال (ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطى أجرة الجزار منها) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وبخطمها ولا تعط أجر الجزار منها (ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها) لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغى أن يصرف شيأ من عينها أو منافعها الى نفسه الى أن يبلغ محله الا أن يحتاج الى ركوبها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك (وان كان لها لبن لم يحلبها) لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه

الثانى (قوله والافضل الخ) أما نحر الابل فحديث جابر الطويل فيه فنحر ثلاثا وستين بيده الحديث وأما ذبح البقر والغنم ففى الصحيحين عن عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا قالوا ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وأخرج الستة حديث التضحية بالغنم بما يفيد الذبح ومن قريب سمعت حديث ذبحه عليه الصلاة والسلام الكبشين الاملحين وأما أنه نحر الابل قياما وأصحابه ففى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه مر برجل ينحر بدنة وهى باركة فقال ابعثها قياما مقيدة سنة محمد صلى الله عليه وسلم وفيهما أيضا عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بالمدينة أربعا والعصر بذى الحليفة ركعتين ونحن معه الى أن قال ونحر رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع بدنات قياما وأخرج أبو داود عن ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر قال وأخبرنى عبد الرحمن بن سابط أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقى من قوائمها وأبعد من قال هذا الحديث مرسل بل هو مسند عن جابر وان كان ابن جريج قال مرة عن عبد الرحمن بن سابط كما هو فى رواية ابن أبى شيبة عنه هذا وانما سن النبى صلى الله عليه وسلم النحر قياما عملا بظاهر قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها والوجوب السقوط وتحققه فى حال القيام أظهر (قوله نيفا وستين) ذكرنا آنفا من حديث جابر أنها ثلاث وستون والنيف من واحد الى ثلاث (قوله الا أن الانسان) عن أبى حنيفة نحرت بدنة قائمة فكدت أهلك (١) فئاما من الناس لانها انفرت فاعتقدت أن لا أنحر الابل بعد ذلك الا باركة معقولة وأستعين بمن هو أقوى عليه منى وفى الاصل ولا أحب أن يذبحه يهودى ولا نصرانى فان ذبحه جاز ولا ينبغى أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره كأن يقول اللهم تقبل من فلان لقوله عليه الصلاة والسلام جردوا التسمية ويكفى عن هذا أن ينويه أو يذكره قبل ذكر التسمية ثم يقول باسم الله والله أكبر كذا فى المبسوط (قوله لقوله عليه السلام لعلى) روى الجماعة الا الترمذى عن على رضى الله عنه قال أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأقسم جلودها وجلالها وأمرنى أن لا أعطى الجزار منها شيأ وقال نحن نعطيه من عندنا وفى لفظ وأن أتصدق بجلودها وجلالها ولم يقل فيه البخارى ونحن نعطيه من عندنا وفى لفظ وأمره أن يقسم بدنه كلها لحومها وجلالها وجلودها فى المساكين ولا يعطى فى جزارتها منها شيأ قال السرقسطى جزارتها بضم الجيم وكسرها فبالكسر المصدر وبالضم اسم لليدين والرجلين والعنق وكان الجزارون يأخذونها فى أجرتهم (قوله لما روى) فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن

الاتيان بها الى عرفات وقوله (على ماذكرنا) اشارة الى قوله لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به وقوله (والافضل فى البدن النحر) ظاهر وقوله (قيل فى تأويله الجزور) يعنى انحر الجزور وكلامه فى الباقى واضح وقوله (فنحر نيفا وستين) النيف بالتشديد كل ما كان بين عقدين وقد يخفف وعن المبرد أنه من واحدة الى ثلاث

(١) قوله فئاما الفئام ككتاب الجماعات من الناس كما فى القاموس وما فى بعض النسخ قياما بالقاف تحريف كتبه مصححه

وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن) ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كى لا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته لانه مضمون عليه (ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره) لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات (وان كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه) لان الواجب باق فى ذمته (وان أصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه) لان المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره (وصنع بالمعيب ما شاء) لانه التحق بسائر أملاكه (واذا عطبت البدنة فى الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولا يأكل هو ولا غيره من الاغنياء) منها بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمى رضى الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدى فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغى أن لا يحل قبل ذلك أصلا الا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه

النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال له اركبها قال انها بدنة قال اركبها قال فرأيته راكبها يساير النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن العطار فى شرح العمدة لم أر اسم هذا المبهم وقد اختلف فى ركوب البدنة المهداة فعن بعضهم أنه واجب لاطلاق هذا الامر مع ما فيه من مخالفة سيرة الجاهلية وهى مجانبة السائبة والوصيلة والحامى ورد هذا بانه عليه السلام لم يركب هديه ولم يركبه ولا أمر الناس بركوب هداياهم ومنهم من قال له أن يركبها مطلقا من غير حاجة تمسكا باطلاق هذا وقال أصحابنا والشافعى رحمهم الله لا يركبها الا عند الحاجة حملا للامر المذكور على أنه كان لما رأى عليه السلام من حاجة الرجل الى ذلك ولا شك أنه فى واقعة حال فاحتمل الحاجة به واحتمل عدمها فان وجد دليل يفيد أحدهما حمل عليه وقد وجد من المعنى ما يفيده وهو أنه جعلها كلها لله تعالى فلا ينبغى أن يصرف منها شيأ لمنفعة نفسه فيجعل محمل تلك الواقعة ثم رأينا اشتراط الحاجة ثابتا بالسنة وهو ما فى صحيح مسلم عن أبى الزبير قال سمعت جابر بن عبد الله رضى الله عنهما يسئل عن ركوب الهدى فقال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا ألجئت اليها فالمعنى يفيد منع الركوب مطلقا والسمع ورد باطلاقه بشرط الحاجة رخصة فيبقى فيما وراءه على المنع الاصلى الذى هو مقتضى المعنى لا لمفهوم الشرط وفى الكافى للحاكم فان ركبها أو حمل متاعه عليها للضرورة ضمن ما نقصها ذلك يعنى ان نقصها شئ من ذلك ضمنه (قوله وينضح ضرعها) أى يرشه بالماء وهو بكسر الضاد المعجمة من باب ضرب (قوله لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات) أورد عليه لم لا يكون كأضحية الفقير فانها تطوع عليه واذا اشتراها للتضحية يتعين عليه للوعد ما لا يتعين على الغنى حتى أن الغنى اذا اشترى اضحية فضلت فاشترى أخرى ثم وجد الاولى فى أيام النحر كان له أن يضحى بايهما شاء ولو كان معسرا فالواجب عليه أن يضحى بهما أجيب بان ذلك فيما اذا أوجب الفقير بلسانه فى كل من الشاتين بعد ما اشتراها للاضحية أما لو لم يوجب بلسانه فلا يجب عليه شئ بمجرد الشراء ذكره فى النهاية واستوضحه بمسئلة من فتاوى قاضيخان لو اشترى الفقير الاضحية فماتت أو باعها لا تلزمه أخرى وكذا لو ضلت * واعلم أن معنى الايراد أنهم ذكروا فى غير موضع مسئلة أضحية الفقير مطلقة عن الايجاب بلسانه فردها الى التقييد به لازم والا لم يكن له معنى لظهور عدم الوجوب بلا ايجاب من الشرع أو العبد ولو كانت هذه البدنة عن واجب كان عليه أن يقيم غيرها مقامها لان الواجب كان فى ذمته شاة غير معينة وبشراء شاة للاسقاط لا تتعين عن ذلك الواجب ما لم تذبح عنه والذمة ما عنه يثبت فى الآدمى أهلية الايجاب والاستيجاب (قوله وان أصابه عيب كبير) بان ذهب أكثر من ثلث الاذن مثلا على قول أبى حنيفة وعلى قول أبى يوسف ومحمد اذا ذهب أكثر من النصف على ما يعرف فى كتاب الاضحية ان شاء الله تعالى (قوله واذا عطبت البدنة) أى قربت من العطب حتى خيف عليها الموت أو امتنع عليها السير لان النحر بعد حقيقة الهلاك لا يكون والحاصل أن المراد بالعطب الاول حقيقته وبالثانى القرب منه ذكره لبيان ما شرع فيه اذا بلغ هذه الحالة (قوله بذلك أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام) تقدم قريبا (قوله وفائدة ذلك) أى فائدة صبغ نعلها بدمها وضرب صفحتها به ليعلم

فان عينه تطوع ومع ذلك وجب عليه اعادته اذا ضلت الشاة المشتراة لها حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحها وأجيب بان ذلك فيما اذا أوجب الفقير بلسانه على نفسه فى كل واحدة من الشاتين بعد ما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شئ بمجرد الشراء للاضحية قال فى فتاوى قاضيخان لو اشترى الفقير شاة للاضحية فماتت أو باعها لا تلزمه أخرى وكذا لو ضلت والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الاذن عند أبى حنيفة وعندهما هو أن يذهب أكثر من نصفها والعطب بفتحتين الهلاك

(قوله والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الاذن عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول التخصيص بالاذن لم يظهر لى وجهه وان قدر لفظ مثلا الا أن يقال وجهه وقوع العيب فيها غالبا (قال المصنف لان المعيب بمثله) أقول لفظ المثل مقحم (قوله وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا) أقول وبدون هذا التأويل لا تكرار أيضا اذ لم يذكر فى الاول صبغ النعل بالدم وغيره كما لا يخفى (قال المصنف لان الاذن بتناوله

جزر السباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود (فان كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ماشاء) لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه (ويقلد هدى التطوع والمتعة والقران) لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به (ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات) لان سببها الجناية والستر أليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدى ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ماتقدم والله أعلم

أنه هدى (قوله جزر السباع) الجزر بفتحتين اللحم الذى تاكله السباع قال الشاعر

وتركته جزر السباع ينشنه * مابين قلة رأسه والمعصم

(وقال آخر) ان يفعلا فلقد تركت أباهما * جزر الخامعة ونسر قشعم

(قوله وصنع بها ماشاء) من بيع وغيره (قوله ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها) أى بجنس الدماء الجابرة وهى دماء الجنايات فلا يقلد هدى الاحصار كما لا يقلد هدى الجنايات (قوله ومراده) يعنى أن قوله يقلد هدى التطوع والمتعة والقران عام أريد به الخصوص وهو البدنة فيدخل البقر دون الشاه (قوله على ماتقدم) يريد ماذكره قبيل باب القران من قوله وتقليد الشاة غير معتاد ولم يذكر هنالك عدم الفائدة التى هى عدم الضياع فان الغنم تضيع اذا لم يكن معها صاحبها *(فروع من ظاهر الرواية من الاصل مشروحة فى المبسوط)* كل من وجب عليه دم من المناسك جاز له أن يشارك ستة نفر قد وجب الدماء عليهم وان اختلفت أجناسها من دم متعة واحصار وجزاء صيد وغير ذلك ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب الى فان اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم اشترك فيها ستة بعدما أوجبها لنفسه خاصة لا يسعه ذلك لانه لما أوجبها صار الكل واجبا عليه قدر ما يجزى فى هدى المتعة كان واجبا عليه ومازاد على ذلك وجب بايجابه وليس له أن يبيع شيا مما أوجبه هديا فان فعل فعليه أن يتصدق بالثمن وان كان نوى أن يشترك معه فيها ستة نفر أجزأته لانه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء فان لم تكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى أشرك الستة جاز والافضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بامر الباقين حتى تثبت الشركة فى الابتداء واذا ولدت البدنة بعدما اشتراها الهديه ذبح ولدها معها لانه جعلها لله تعالى خالصة والولد جزء منها ثم انفصل بعدما سرى اليه حق الله تعالى فعليه أن يذبحه معها ولو باع الولد فعليه قيمته فان اشترى بها هديا فحسن وان تصدق بها فحسن اعتبارا للقيمة بالولد فان الافضل أن يذبح ولو تصدق به كذلك أجزأ فكذلك بالقيمة واذا مات أحد الشركاء فرضى وارثه أن ينحرها معهم عن الميت أجزأهم استحسانا وفى القياس لا يجزيهم لان الميت لم يوص به فقد انقطع حق القربة عن نصيبه فصار ميراثا وهذا التقرب تقرب بطريق الاتلاف وذلك لا يجوز عن الميت الا بامره كالعتق ولكنه استحسن فقال يجوز لان المقصود هو التصدق وتقرب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح بلا ايصاء فكذا تقربه بابقاء ماقصد المورث بنصيبه باراقة الدم والتصدق به يكون صحيحا ولو كان أحد الشركاء كافرا أو مسلما يريد به اللحم دون الهدى لم يجزهم لان الاراقة واحدة فلا يتصور أن يجتمع فيها القربة وعدمها وأى الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ عن الكل واذا غلط رجلان فذبح كل منهما هدى صاحبه أجزأهما استحسانا لا فى القياس لان كلا غير مأمور من جهة الآخر فصار ضامنا لكنه استحسن فقال كل مأذون فيما صنع دلالة لان صاحب الهدى يستعين بكل أحد عادة فكان كالافصاح بالاذن ويأخذ كل منهما هديه من صاحبه وعن أبى يوسف كل منهما بالخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه وبين أن يضمنه فيشترى بالقيمة هديا آخر يذبحه فى أيام النحر وان كان بعدها تصدق بالقيمة وجميع

(قوله ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسه) وهو الدماء الجابرة كدم الجنايات (قوله لعدم فائدة التقليد) وتلك الفائدة ان لا يمنع من الماء والعلف اذا علم أنه هدى وهذا فيما غاب عن صاحبه كالابل والبقر دون الغنم فان الغنم يضيع اذا لم يكن صاحبه معه فلذلك لا تقلد الغنم (قوله على ماتقدم) اشارة الى ماذكرنا قبيل باب

ومعنى عطبت البدنة أى قربت الى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا بما قال أولا ومن ساق هديا فعطب لان ذلك فى حقيقة العطب وهذ فى الاشراف عليه والجزر بفتحتين اللحم الذى ياكله السباع وقوله (على ماتقدم) اشارة الى ماذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة

(قال المصنف فان كانت واجبة أقام غيرها مقامها الخ) أقول كان الانسب أن يقال وان كانت بالواو

*(مسائل

(مسائل منثورة) من عادة المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب ماشذ وندر من المسائل فى الابواب السالفة فى فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويترجموا عنه بمسائل منثورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل فى الابواب وصورة المسئلة أن يشهد قوم أنهم رأوا هلال ذى الحجة فى ليلة كان اليوم الذى وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه مواضع لا يقبل الشرح

(مسائل منثورة)

أهل عرفة اذا وقفوا فى يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفى وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفى حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفى الامر بالاعادة حرج بين فوجب

ماذكرناه فى الهدى مثله فى الاضحية ومن اشترى هديا فضل فاشترى مكانه آخر وأوجبه ثم وجد الاول فان نحرهما فهو أفضل وان نحر الاول وباع الثانى جاز لان الثانى لم يكن واجبا عليه وان باع الاول وذبح الثانى أجزأه الا أن تكون قيمة الاول أكثر فيتصدق بالفضل وهدى المتعة والتطوع فى هذا سواء لانهما صار الله تعالى اذ جعلهما هديا فى الوجهين جميعا وان ساق بدنة لا ينوى بها الهدى قال ان كان ساقها الى مكة فهى هدى وأراد بهذا اذا قلدها وساقها لان هذا لا يفعل عادة الا بالهدى فكان سوقها بعد اظهار علامة الهدى عليها بمنزلة جعله اياها بلسانه هديا

(مسائل منثورة)

من عادة المصنفين أن يذكروا عقيب الابواب ماشذ منها من المسائل فتصير مسائل من أبواب متفرقة فتترجم تارة بمسائل منثورة وتارة بمسائل شتى (قوله وشهد قوم) صورتها أن يشهدوا أنهم رأوا هلال ذى الحجة فى ليلة كذا اليوم يكون يوم الوقوف منه العاشر وذكر للاستحسان أوجها أحدها أنها قامت على النفى أى نفى جواز الوقوف ومالا يدخل تحت الحكم وليس هذا بشئ لانها قامت على الاثبات حقيقة وهو رؤية الهلال فى ليلة قبل رؤية أهل الموقف ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم ولا حاجة الى الحكم بل الفتوى تفيد عدم سقوط الفرض فيخاطب به وعدم سقوطه هو المراد ههنا وصار كما لو رآه أهل الموقف كذلك ثم أخروا الوقوف ثانيها أن شهادتهم مقبولة لما ذكرنا لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لعدم وقوعه فى وقته بل قد وقع فى وقته شرعا وهو اليوم الذى وقف فيه الناس على اعتقادهم أنه التاسع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال

القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ولكن لم يذكر هنالك عدم الفائدة والله تعالى أعلم بالصواب

(مسائل منثورة)

(قوله أهل عرفة اذا وقفوا فى يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر) صورة هذه الشهادة ان يشهدوا انهم رأوا هلال ذى الحجة فى ليلة كان اليوم الذى وقفوا فيه اليوم العاشر من ذى الحجة * وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الغلط فى العيد انهم اذا صلوا العيد فظهر انهم فعلوا ذلك بعد الزوال لا يخرجون من الغد فى العيدين لانه فى الفطر فات الوقت وفى الاضحى فاتت السنة * وعنه انهم يخرجون فيهما * وعنه انهم يخرجون فى الاضحى دون الفطر واذا لم يخرجوا فالصحيح ان ذلك يجزيهم للعذر (قوله شهادة قامت على النفى وعلى مالا يدخل تحت الحكم) علل بهذا المجموع كيلا يلزمه النقض بما لو شهدا انه لم يستثن لزوج عند قوله أنت طالق ثلثا أو لم يقل قول النصارى عند قوله المسيح بن الله والزوج يدعى ذلك لان هذه الشهادة وان قامت على النفى لكن فيما يدخل تحت الحكم (قوله لان المقصود منها نفى حجهم) المعتبر هو المقصود كالمودع اذا أدعى رد الوديعة وأنكر رب الوديعة فالقول للمودع وان كان مدعيا ظاهرا الا ان المقصود من دعواه نفى وجوب الضمان فيكون منكرا معنى (قوله والحج لا يدخل تحت الحكم) لان مايدخل تحت الحكم هو الذى يجبر

قد تم حج الناس أما بناء على الدليل الثانى وهو أن جواز المقدم لا نظير له لا يصح الحج اه وفيه بحث فان الدليل الاول هو عدم امكان التدارك أصلا وفى الوقوف يوم التروية كان ممكنا فى الجملة كما أشار اليه فى الكتاب ولا يضر انسداد باب الامكان بان لا يعلم ذلك الا بعد الوقت السائغ الحال قال فى الجامع الصغير للامام قاضيخان لو تبين أنهم وقفوا يوم التروية لا يجزئهم وان لم يعلموا بذلك الا يوم النحر

(مسائل منثورة)

(قال المصنف أهل عرفة اذا وقفوا فى يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية الخ) أقول قال صدر الشريعة فى شرحه للوقاية لفظ الهداية اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وقد كتب فى الحواشى شهد قوم أن الناس وقفوا يوم التروية أقول صورة هذه المسئلة مشكلة لان هذه الشهادة لا تكون الا بان الهلال لم ير ليلة كذا وهو ليلة يوم الثلاثين بل رؤى ليلة بعده وكان شهر ذى القعدة تماما ومثل هذه الشهادة لا تقبل لاحتمال كون ذى القعدة تسعة وعشرين وصورة المسئلة أن الناس وقفوا ثم علموا بعد الوقوف أنهم غلطوا فى الحساب وكان الوقوف يوم التروية فان علم هذا المعنى قبل الوقت بحيث يمكن التدارك فان الامام يأمر الناس بالوقوف وان علم ذلك فى وقت لا يمكن تداركه فبناء على الدليل الاول وهو امكان التدارك ينبغى ان لا يعتبر هذا المعنى ويقال

وقوله (وكذا اذا شهدوا عشية عرفة) صورته أن الشهود شهدوا في الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع أكثر الناس لا تسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال

أن يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال (ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن) لانه راعى الترتيب المسنون (ولو رمى الاولى وحدها أجزأه) لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه مالم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا

صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرفون وأضحاكم يوم تضحون أي أن وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف فيه الناس عن اجتهاد ورأى أنه يوم عرفة ثالثها أم امقبولة لكن وقوفهم جائز لان هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه فلو لم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد وقد نفاه بفضله الغني عن العالمين وهذا الوجه يصلح بيانا للحكمة الدليل السمعي المذكور فيما قبله واذا كانت هذه الشهادة لا يترتب عليها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للامام فلا يسمعها لان سماعها يشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال فيها وتثور الفتنة وتتكدر قلوب المسلمين بالشك في صحة حجهم بعد طول عنائهم فاذا جاؤا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا لا نسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس وهل يجوز وقوف الشهود روى هشام عن محمد أنه يجوز وقوفهم وحجهم قال محمد رحمه الله واذا كان من رأى الهلال وقف يوم عرفة بمنى في اليوم الذي شهد لم يجز وقوفه وعليه أن يعيد الوقوف مع الامام لان يوم النحر جاز أن يكون يوم الحج في حق الجماعة ووقت الوقوف لا يجوز أن يختلف فيه فلا يعتد بما فعله بانفراده وكذا اذا أخر الامام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله فان شهد شاهدان بهلال ذي الحجة فردت شهادتهما لانه لا علة بالسماء فوقف بشهادتهما قوم قبل الامام لم يجز وقوفهم لانه أخره بسبب يجوز العمل عليه في الشرع فصار كما لو أخره للاشتباه (قوله بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن يعني) اذا ظهر لهم خطؤهم والكلام في تصوير ذلك ولا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه شهادة من شهد أنه الثامن لان اعتقاده أنه الثامن انما يكون بناء على أن أول ذي الحجة ثبت باكمال عدة ذي القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه رؤي قبل الثلاثين من ذي القعدة فهذه شهادة على الاثبات والقائلون انه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض وهو انهم لم يروا ليلة الثلاثين من ذي القعدة ورآه الذين شهدوا فهي شهادة مقبولة لا معارض لها (قوله وكذا اذا شهدوا عشية عرفة) بان شهدوا في الليلة التي هم بها في منى متوجهين الى عرفات أن اليوم الذي خرجنا به من مكة المسمى بيوم التروية كان التاسع لا الثامن ولا يمكنه الوقوف بان يسير الى عرفات في تلك الليلة ليقف ليلة النحر بالناس أو أكثرهم لم يعمل بها ويقف من الغد بعد الزوال لانهم وان شهدوا عشية عرفة لكن لما تعذر الوقوف فيما

الحاكم المحكوم عليه به والحج عبادة والعبادات لا يجبر عليها (قوله ولان جواز المؤخر له نظائر) فان القضاء بعد الوقت مشروع ولا كذلك قبل الوقت * قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله ينبغي للقاضي أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس ولا رفق في شهادتكم لهم بل فيه تهييج الفتنة والفتنة نائمة لعن الله من أيقظها (قوله وقال الشافعي رحمه الله) لا يجزيه مالم يعد الكل لانه شرع مرتبا * اعلم أن الشافعي رحمه الله ترك أصله وكذلك علماؤنا رحمهم الله * فان قيل الترتيب في الفوائت شرط عندنا وههنا لم يشترط والترتيب في الفوائت ليس بشرط عنده وههنا شرط فيكل احتاج الى الفرق والشافعي يقول في الصلاة كل

لانهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صاركأنهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وان كان يلحق الوقوف مع أكثر الناس ولكن لا يلحق الضعفة فان وقف جاز والا فات الحج لانه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لان المعتبر قدرة الاكثر دون الاقل (ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى) يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء يعيد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها أجزأه لانه أتى بأصل الرمي في وقته وانما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيأ وان أعاد الجمار الثلاث فحسن لما فيه من مراعاة سنة الترتيب وهذا نظير ما سبق أن الطائف اذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك فان أعاد على الحطيم وحده أجزأه وان أعاد الطواف كله كان حسنا (وقال الشافعي لا يجزئه مالم يعد الكل لانه شرع مرتبا) ترتيبا صار به الثاني كالجزء من الاول بدليل أنه اذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينهما فصار ترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف أو الابتداء بالمروة قبل الصفا بخلاف الصلوات فان كل واحدة منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا ولنا

(قوله فان اقتصر على رمي التي تركها الخ) أقول أي على رمي الجمرة التي تركها

(ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها) لتعلق كل منها ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج أصل فكان ما شرع فيه أصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض ألا ترى أنه لو أعاد مرتبا كان مؤديا لا قاضيا بخلاف الصلوات فان النص فيها ناطق بان من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز وقوله (لانه دونه) أي لان السعي دون الطواف يعني أحط منزلة من الطواف لان الطواف فرض كطواف الزيارة أو من جنس الفرض كطواف القدوم وأما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح أن يكون تابعا للطواف وقوله (والمروة عرفت منتهى السعي بالنص) وهو قوله عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله به أراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله (فلا تتعلق بها البداءة) قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا) أي ومن نذر أن يحج ماشيا وجب عليه أن لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح (وخير في الاصل) يعني المبسوط (بين الركوب والمشي) بعد النذر لان الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص على ما نذكره فكان مخيرا وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب لانه أخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع

ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا تتعلق بها البداءة قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب

بقي من الليل صار كشهادتهم بعد الوقت وان كان الامام يمكنه الوقوف في الليل مع الناس أو أكثرهم ولا يدركه ضعفة الناس لزمه الوقوف فان لم يقف فات حجه لترك الوقوف في وقته مع القدرة عليه (قوله ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها) فلا يتعلق جواز رمي احداها برمي أخرى هذا هو الاصل في القرب المتساوية الرتب ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب قلنا لا يلزم فيها أيضا بخلاف ترتيب السعي على الطواف لانه اعتبر تبعا حتى لا يشرع الا عقيب طواف وبخلاف المروة فان البداءة من الصفا قد ثبتت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ابدؤا بما بدأ الله به بصيغة الامر على ما قدمناه من تخريجه فالترتيب الواقع فعلا منه صلى الله عليه وسلم محمول على السنة اذ مجرد الفعل لا يفيد أكثر من ذلك وقد تضمن هذا التقرير منع ما قيل من قبل الشافعي ان رمي الجمار قربة واحدة بدليل لزوم دم واحد في ترك كلها قلنا انما متنافي أماكن مختلفة ظاهر في التعدد فيجب البقاء معه حتى يوجب الخروج عنه موجب وتماثل الاعمال لا يوجبه بل هي أولى بالتعدد من الاسابيع المتعددة من الطواف لانها تقام في محل واحد واتحاد الدم ليس للوحدة الحقيقية شرعا بل يثبت مع التعدد عند اتحاد الجنس في الجنايات رحمة وفضلا على ما عرف في شرب الخمر وزنا غير المحصن مرارا اذا ثبتت كلها يلزم موجب واحد فكذا الدم لان لزومه موجب جناية ولو سلم اعتبارها واحدة في حق حكم لا يلزم اعتبارها كذلك في حق كل حكم مع قيام التعدد الحقيقي بل في خصوص ذلك المحل هذا مع أن المعقول في محل اعتبارها واحدة فهو موضع الجناية الحكم بتداخلها فضلا وهو منتف في ترك الترتيب (قوله ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وهذا لانه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كالتزام التتابع في الصوم (وفي الاصل خيره بين أن يركب وبين أن يمشي وهذا) أعني ما في الجامع وهو قوله لا يركب حتى يطوف (اشارة الى الوجوب) وهو الظاهر لما نذكر وانما أنهى المشي بالطواف لانه منتهى اعمال الحج فان قيل فقد كره أبو حنيفة الحج ماشيا فكيف يكون صفة كمال قلنا انما كرهه اذا كان مظنة سوء خلق الفاعل له كان يكون صائما مع المشي أو ممن لا يطيق فيكون المشي سببا للمأثم من مجادلة الرفيق والخصومة والا فلا شك أن المشي أفضل في نفسه لانه أقرب الى التواضع والتذلل وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما كف بصره ما أسفت على شئ كاسفي على أن لم أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج ماشيا كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل ما حسنات الحرم قال كل حسنة بسبعمائة لا يقال لا نظير للمشي في الواجبات ومن شرط صحة النذر أن يكون من جنس المنذور واجب على ما ذكرته في كتاب الصوم لانا نقول بل له نظير وهو مشي المكي الذي لا يجد الراحلة وهو قادر على المشي فانه يجب عليه أن يحج ماشيا ونفس الطواف أيضا ثم

واحدة منها مقصودة بنفسها فلا تكون تبعا لغيرها وأما جمرات اليوم فواحدة بدليل انه يجب دم واحد بترك الكل فيجب رميها كما شرعت * وعلماؤنا قالوا كل جمرة مقصودة بنفسها لان كل واحدة منها متعلقة ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج أصل فكان ما شرع فيه أصلا أيضا فلا يتعلق جواز البعض بالبعض ألا ترى انه لو أعاد على الترتيب كان مؤديا لا قاضيا وأما في الصلاة فقد جاء النص بان ما صلى من غير رعاية الترتيب صلاة قبل وقتها (قوله والمروة عرفت منتهى السعي بالنص) وهو قوله عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله تعالى به (قوله وهذا اشارة الى الوجوب) وهو قوله لا يركب حتى يطوف وهو رواية الجامع الصغير وهو

(قوله لان الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص الخ) أقول اذا ورد فيه النص كيف يكره

اختلف المشايخ في محل ابتداء وجوب المشي لان محمدا لم يذكره قيل من الميقات والاصح أنه من بيته لانه المراد عرفا ويدل عليه من الرواية ما عن أبي حنيفة لو أن بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشي من بغداد ولو أحرم من بيته فالاتفاق على أنه يمشي من بيته وقد عرف من هذا أن لا فرق في لوجوب بين أن ينجز النذر أو يعلقه كان شفى الله مريضي أو قدم زيد فعلي حجة أو عمرة ولا فرق بين قوله لله علي أو علي حجة في الايجاب ولو قال علي المشي الى بيت الله ولم يذكر حجة ولا عمرة فحنث فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحسانا وفي القياس لاشئ عليه ووجه الاستحسان أنه قد تعورف ايجاب النسك بهذا اللفظ فكان كقوله علي أحد النسكين فان جعلها حجة مشى فلم يركب حتى يطوف أو عمرة مشى حتى يحلق ولو قرنها بحجة الاسلام جاز فان ركب فعليه دم مع دم القران لانه ترك واجبا ولو نذر حجة ماشيا ثم أحرم من الميقات بعمرة تطوعا ثم أضاف اليها الحجة أجزأه مالم يطوف لعمرته وهو قارن ولو أحرم بعدما طاف لعمرته لم يجزه وعليه دم وكل من نذر وقال ان شاء الله تعالى متصلا لم يلزمه شئ * واعلم أن مقتضى الاصل أن لا يخرج عن عهدة النذر اذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعا فقطع التتابع ولكن ثبت ذلك في الحج نصا فوجب العمل به وهو ما عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هديا رواه أبو داود وسنده حجة وما في رواية مسلم أنه قال صلى الله عليه وسلم فيها لتمش ولتركب ولم يزد في هذه الرواية على ذلك فمحمول على ذكر بعض المروي بدليل ما صرحت به الرواية الاخرى ثم اطلاق الركوب في الروايتين محمول على علمه بعجزها عن المشي بدليل ما في الرواية الاخرى لابي داود عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية وأنها لا تطيق المشي فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله لغني عن مشي أختك فلتركب ولتهد بدنة الا أنه عمل باطلاق الهدي من غير تعيين بدنة لقوة روايتها واذا عرف أن ايجاب النسك بنذر المشي الى بيت الله تعالى لتعارف ارادة ذلك عرف أنه مقيد بما اذا لم تكن له نية غيره فلو نوى به المشي الى مسجد المدينة المكرمة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد غيرهما لم يلزمه شئ أما صحة نيته فلاطباقها اللفظ اذ المساجد كلها بيوت الله تعالى واذا صحت لم يلزمه شئ لان سائر المساجد يجوز الدخول فيها بلا احرام فلا يصير به ملتزما للاحرام وقوله علي المشي الى مكة أو الكعبة فهو كقوله الى بيت الله ولو قال علي المشي الى الحرم أو المسجد الحرام لاشئ عليه عند أبي حنيفة لعدم العرف في التزام النسك به وقالا يلزمه النسك أخذا بالاحتياط لانه لا يتوصل الى الحرم ولا المسجد الحرام الا بالاحرام فكان بذلك ملتزما للاحرام كذا في المبسوط وقوله أوجه ان لم يكن عرف فان الالتزام للنسك بهذا اللفظ ليس مدلولا وضعيا بل عرفيا فكون التوصل في الخارج بالفعل الى المسجد الحرام ليس الا بالاحرام لا يوجب أن نفس اللفظ يفيده اذا تاملت قليلا وأما كون التوصل الى الحرم أيضا يستدعي الاحرام فليس بصحيح لانه لو لم ينو الآفاقي الامكانا في الحرم لحاجة أولا جاز له الوصول اليه بلا احرام واتفقوا على أن لا لزوم لو قال الى الصفا أو المروة أو مقام ابراهيم عليه السلام مع أنه لا يتوصل اليها بالفعل الا بالاحرام شرعا فعرف أن المدار تعارف الايجاب باللفظ

الصحيح لانه التزم قربة بصفة الكمال وهو الحج ماشيا بدليل ماروى عن ابن عباس انه قال بعدما كف بصره ما تأسفت على شئ كتأسفي على أن لم أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال يأتوك رجالا وعلى كل ضامر وقال عليه السلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال كل حسنة تسعمائة * وعن الحسن بن علي رضي الله عنه انه كان يمشي في حجه والجنائب تقاد الى جنبه * فان قيل كيف يستقيم هذا وقد كره أبو حنيفة رحمه الله المشي في طريق الحج * قلنا ما كره المشي مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم والمشي لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل رفيقه والجدال في الحج منهي عنه * فان قيل ليس للمشي نظير في الفرائض والواجبات فينبغي أن لا يصح النذر به * قلنا بل له أصل فان المكي الفقير اذا لم يملك الزاد والراحلة وأمكنه المشي الى عرفات وجب عليه الحج وبدليل ما روي عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه انه جاء الى النبي عليه السلام وقال يارسول الله ان اختي نذرت أن تحج ماشية

الخاص وكذا لو قال مكان المشي غيره والباقي بحاله لا يلزم كقوله علي الذهاب الى بيت الله أو الخروج أو السفر لاشئ عليه بخلاف قوله لله علي أو علي احرام حيث يلزم أحد النسكين وان لم يتعارف الايجاب به لافادته التزام الاحرام وضعا وكذا اذا قال علي الركوب أو الاتيان لاشئ فيه وكذا الشد والهرولة وكذا لو قال علي المشي الى أستار الكعبة أو بابها أو ميزابها أو عرفات أو مزدلفة أو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدم تعارف ايجاب النسك به وفي موضع الى الحجر الاسود الى مقام ابراهيم الى الركن يلزمه والى اسطوانة البيت أو زمزم لم يلزمه وما قدمناه آنفا في مقام ابراهيم من عدم اللزوم مذكور في المبسوط ولو قال على نصف حجة فعليه حجة عند محمد وعن أبي يوسف فيه روايتان وفي المبسوط لو قال ان فعلت كذا فانا أحرم فان نوى به العدة فلاشئ عليه أو الايجاب لزمه اذا فعل ذلك حجة أو عمرة وان لم يكن له نية فالقياس أن لا يلزمه شئ وفي الاستحسان يلزمه للعرف في ارادة التحقيق لمثله للحال كقول المؤذن والشاهد أشهد ومثله ماذكر فيه لو قال أنا أمشي الى بيت الله ان نوى العدة لاشئ عليه ولكن يندب الوفاء بالوعد وان نوى النذر كان نذرا وكذا اذا لم يكن له نية فهو نذر للعادة اهـ وهذا يتوقف على ثبوت العرف في النذر بذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وفي الخلاصة لو قال أنا أحج لا حج عليه ولو قال ان دخلت فأنا أحج يلزمه عند الشرط كأنه علقه لان تعارف الايجاب به انما هو في التعليق ولو قال ان عافاني الله تعالى من مرضي هذا فعلي حجة فبرأ لزمته فاذا حج جاز ذلك عن حجة الاسلام الا أن ينوي غيرها لان الغالب أن يريد به المريض الذي فرط في الفرض حتى مرض ذلك وفي بعض الكتب فرق بين قوله فعلي حجة حيث يلزمه حجة سوى حجة الاسلام الا أن يعني به ما وجب عليه وبين قوله فعلي أن أحج حيث يجزي عن حجة الاسلام الا أن ينوي غيرها وماذكرناه قبل في الخلاصة ومنهم من حكى خلافا في مثله بينهما قال التزم حجة ثم حج من عامه حجة الاسلام سقط عنه ما التزم عند أبي يوسف خلافا لمحمد ومن نذر مائة حجة ونحوها اختلفوا فيه هل تلزمه كلها فيلزمه الايصاء بها أو يلزمه قدر ما عاش ففي الخلاصة نص على لزوم الكل وذكر غيره عن أبي يوسف ومحمد الثاني واختاره السروجي وقبله شداد الحق بما لو قال علي أن أحج سنة عشرين فمات قبلها لا يلزمه شئ وقد يعكر عليه ما عن أبي يوسف لو قال لله علي أن أحج وذلك في غير أشهر الحج فمات قبل أشهر الحج لزمته حجة والحق أن لزوم الكل للفرق بين الالتزام ابتداء واضافته ولو قال عشر حجج في هذه السنة لزمه عشر في عشر سنين ومن قال ثلاثين حجة ونحوها فأحج عنه ثلاثين رجلا في سنة جاز وكلما عاش الناذر بعد ذلك سنة بطلت منها حجة فعليه أن يحجها بنفسه لانه قدر عليها بنفسه فظهر عدم صحة احجاجها فان لم يحج لزمه الايصاء بقدر ما عاش من بعد الاحجاج ومن نذر أن يحج في سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقول أبي يوسف أقيس بما قدمناه في نذر الصوم فارجع اليه ولا بد من نية المنذور وان لم يكن قصده حجة الاسلام على ماذكرنا في نذر المريض وما في المنتقى نذر أن يحج فحج ولا نية له فهو تطوع عن أبي يوسف وقال هشام عن حجة الاسلام لا يستلزم خلافا اذ لا خلاف في تادي فرض الحج باطلاق النية عندنا وما عن أبي يوسف فيما اذا لم يكن عليه حجة الاسلام وما عن هشام فيما اذا كان عليه بالضرورة فقد اتفقا على أن لا ينصرف الى المنذور بلا نية ومن قال ان كلمت فلانا فعلي حجة يوم أكلمه فكلمه لا يصير محرما بها بل لزمته يفعلها متى شاء كما لو قال علي حجة اليوم انما تلزمه في ذمته يحرم بها متى شاء ولو قال لرجل علي حجة ان شئت فقال شئت لزمته وكذا ان شاء فلان فشاء وهل تقتصر مشيئة فلان على مجلس بلوغه ذلك الخبر اختلاف فيه والاصح أن لا تقتصر بخلاف تعليق الطلاق بمشيئته لان الطلاق يقبل التمليك اذا كان مملوكا للحالف فكان تمليكا من ذي المشيئة فاستدعى جوابه في المجلس لان التمليكات تستدعي جوابا في المجلس وليس ما نحن فيه من ذلك فانتفى موجب الاقتصار عليه ومن قال ان فعلت كذا فعلي أن أحج بفلان فان نوى أحج وهو معي فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج به وان نوى أن يحجه فعليه أن يحجه لان الباء

ماشية حافية فقال عليه السلام ان الله تعالى لغني عن تعذيب اختك فلتركب ولتذبح لركوبها شاة وفي بعضها ولتريق دما فلو لم يجب الحج ماشيا لما اوجب الكفارة بالركوب ثم لم يذكر محمد رحمه الله في شئ من الكتب

(وهو الاصل) أى الموافق للقواعد لان من أوجب على نفسه شيأ على وجه الكمال لا يتأدى ناقصا والمشى فى الحج صفة كمال قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال كل حسنة بسبعمائة وروى عن ابن عباس أنه قال بعد ما كف بصره ما تأسفت على شئ كتأسفى على أنى لم أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما اذا نذر بالصوم متتابعا لا يتأدى متفرقا واعترض بوجهين أحدهما أن النذر لا يصح الا بماله نظير فى المشروعات المفروضة أو الواجبة وليس للمشى نظير والثانى أن أبا حنيفة رحمه الله كره المشى فى طريق الحج فما وجه ماذكره فى الكتاب فانه يناقض ذلك وأجيب عن الاول بان له أصلا وهو أن المكى الفقير اذا لم يملك الزاد والراحلة وأمكنه المشى الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثانى بان أبا حنيفة ما كره المشى مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم والمشى لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهى عنه فى الحج وقوله (وأفعال الحج تنتهى بطواف الزيارة) يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمى الجمار وغيره من أفعال الحج وقوله (ثم قيل) يعنى أن محمدا لم يذكر فى شئ من الكتب من أى موضع يبدأ واختلف المشايخ فيه فقيل يبتدئ من حين يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابى وغيرهما (وقيل من بيته) وعليه شمس الائمة السرخسى ومال اليه المصنف وقال (لان الظاهر أنه هو المراد) يعنى أنه هو المتعارف والعرف معتبر فى النذر فاذا ثبت أنه واجب (فلو ركب أراق دما لانه أدخل نقصا فيه) يدل على ذلك ماروى عن عقبة بن عامر الجهنى أنه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان أختى نذرت أن تحج ماشية وقد حافية فقال عليه السلام ان الله تعالى لغنى عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولتذبح لركوبها شاة وفى بعض الروايات ولترق دما وقوله (قالوا) يعنى المشايخ كأنه بيان التوفيق بين رواية الاصل ورواية الجامع روى الامام فخر الاسلام عن الفقيه أبى جعفر أنه قال (انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشى وأما اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشى ولا يشق عليه ينبغى أن لا يركب) وقوله (ومن باع جارية محرمة) ظاهر

وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وأفعال الحج تنتهى بطواف الزيارة فيمشى الى أن يطوفه ثم قيل يبتدئ المشى من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر أنه هو المراد ولو ركب أراق دما لانه أدخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق عليه المشى واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشى ولا يشق عليه ينبغى أن لا يركب (ومن باع جارية محرمة قد أذن لها مولاها فى ذلك فللمشترى أن يحللها ويجامعها) وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا أن المشترى قائم مقام البائع

للالصاق فقد ألصق فلانا بحجه وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه فى الطريق وأن يعطى فلانا ما يحج به من المال والتزام الاول بالنذر غير صحيح والثانى صحيح لان الحج يؤدى بالمال عند اليأس من الاداء فكان هذا فى حكم البدل وحكم البدل حكم الاصل فيصح التزامه بالبدل كما يصح التزامه بالاصل فاذا نوى الوجه الاول عملت نيته لاحتمال كلامه ولكن المنوى لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه شئ وانما عليه أن يحج بنفسه خاصة وان نوى الثانى لزمه فاما أن يعطيه من المال ما يحج به أو يحجه مع نفسه ليحصل الوفاء بالنذر فان لم يكن له نية أصلا فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج فلانا لان لفظه فى حق فلان يحتمل الوجوب وعدمه والمعين للوجوب فيه ليس الا النية وقد فقدت ولو كان قال فعلى أن أحج فلانا فهذا يحكموا لنذر به صحيح ومن نذر أن يطوف زحفا فطاف كذلك قيل لا يلزمه شئ كما لو نذر أن يصلى قاعدا وقيل عليه الاعادة فان رجع قبل أن يعيد فعليه دم وهذا أوجه لان الصلاة عهد شرعيتها قائما وقاعدا فعلا فى الاختيار فالتزامها قاعدا التزام أحد صنفيها بخلاف الطواف النفل فالتزامه حالة القدرة على المشى كالتزام الصلاة ايماء حالة القدرة على الركوع والسجود وسنذكر تمامه فى نذر الهدى والمجاورة وزيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم تسليما (قوله ومن باع جارية محرمة قد أذن لها الخ) الاصل أن العبد والامة اذا أحرم أحدهما بغير اذن المولى فله أن يمنعه ويحلله بلا هدى وذلك بان يصنع به أدنى ما يحرم عليه بالاحرام كقلم ظفره ونحوه وعليه بعد العتق هدى الاحصار وحجة وعمرة ان كان الاحرام بحجة وان أحرم باذن المولى كره له تحليله ولو حلله حل ولو أحصر فعلى المولى أن يبعث دم الاحصار ويتحلل لانه وجب عن احرام مأذون فيه فكان كالنفقة عليه وقد قدمنا فيه خلافا فى باب الاحصار واذا أحرم العبد أو الامة باذن المولى ثم باعهما نفذ البيع وللمشترى منعهما وتحليلهما وليس له الرد بالعيب خلافا لزفر قال ليس له ذلك فله الرد بالعيب وعلى هذا الخلاف اذا أحرمت الحرة بحج نفل ثم تزوجت فللزوج أن يحللها عندنا خلافا له وجه قوله ماذكره المصنف بقوله (لان هذا عقد سبق ملكه) بنصب ملكه مفعولا لسبق أى سبق وجوده ملك المشترى فليس له أن ينقضه (كما اذا اشترى جارية منكوحة) ليس له أن يفسخ نكاحها لهذا المعنى بعينه فكذا هذا

من أى موضع يبدأ قيل من بيته وهو الاصح ويدل على وجوب المشى من وقت الخروج ماروى عن أبى حنيفة رحمه الله لو ان بغداديا حلف وقال ان كلمت فلانا فعلى ان أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشى من بغداد

(قوله فما وجه ماذكره فى الكتاب) أقول التزم القربة بصفة الكمال

وقد كان للبائع أن يحللها فكذا المشترى الا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد فى حق المشترى بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع أن يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشترى واذا كان له أن يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها (و) ذكر (فى بعض النسخ أو يجامعها) والاول يدل على أنه يحللها بغير الجماع بقص شعر أو بقلم ظفر ثم يجامع والثانى يدل على أنه يحللها بالمجامعة لانه لا يخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله أعلم

قلنا المشترى فى ملك الرقبة قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية ابطال النكاح وله التحليل وان كره فكذا المشترى الا أنه لا كراهة على المشترى لانها فى حق البائع بمكان خلف الوعد وهو منتف فى المشترى ثم فى أصل المسئلة خلاف الشافعى فعنده ليس للسيد التحليل بعد الاذن واتفقنا على أن ليس للزوج تحليل الزوجة اذا أحرمت بنفل باذنه وانما له ذلك اذا أحرمت بلا اذن فقاس الشافعى على ذلك بجامع الاذن فيسقط حقه وقياسا على ابطال عمل نفسه بجامع الرضا بواسطة الاذن هنا ونحن نمنع عمل الاذن فى السقوط مطلقا بل ان كان الثابت مجرد حق كما فى الزوجة فانه لا يملك منافعها وانما له حق فيها فيسقط بالاذن أما ان كان الثابت حقيقة الملك فلا اذ لا شك فى أن الملك لا يسقط به وانما عمله فى التبرع بمنافعه وذلك لا يلزم دائما فى المستقبل بل عمله فى رفع المخالفة والمشاقة فيما أتاه فتى نهاه كان ذلك منتهى عمل الاذن لما قلنا انه لم يعمل فى دوام السقوط فى المستقبل وصار كالاذن فى استخدام العبد لغيره وكذا تهامع الزوج له فيهما الرد الى الاستخدام والمنع مما أذن فيه وهذا لانه لا دليل على أنه جل جلاله أسقط الملك وآثاره بالاذن بالاحرام فبقى على ما عهد له من اللوازم بل عهد أنه جل ذكره قدم حق العبد على حقه عند التعارض لفقره وغنى العزيز العظيم هذا واذا أحرمت الحرة بالفرض فليس له أن يحللها ان كان لها محرم عندنا فان لم يكن لها فله منعها فان أحرمت فهى محصرة لحق الشرع فلذا اذا أراد الزوج تحليلها فانها لا تحلل الا بالهدى بخلاف ما لو أحرمت بنفل بلا اذن فله أن يحللها ولا يتأخر تحليله اياها الى ذبح الهدى بل يحللها من ساعته وعليها هدى لتعجيل الاحلال وحجة وعمرة لان هنالك لا حق للزوج فى منعها لو وجدت محرما وانما تعذر عليها الخروج لفقد المحرم شرعا فلا تحلل الا بالهدى وهنا قد تعذر الخروج لحق الزوج فكما لا يكون لها أن تبطل حقه ليس لها أيضا أن تؤخره كذا فى باب الاحصار من المبسوط والتحليل أن ينهاها ويفعل بها أدنى ما يحرم بالاحرام كقص ظفر وتقبيل أو معانقة وهو أولى من التحليل بالجماع لانه أعظم محظورات الاحرام حتى تعلق به الفساد فلا يفعله تعظيما لامر الحج ولا يقع التحليل بقوله حللتك بل بفعله أو بفعلها بامره كالامتشاط بامره لانه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة امتشطى وارفضى عمرتك حين حاضت فى العمرة ولو جامع زوجته أو أمته المحرمة ولا يعلم باحرامها لم يكن تحليلا وفسد حجها وان علمه كان تحليلا ولو حللها ثم بدا له أن يأذن لها فاذن فاحرمت بالحج ولو بعد ما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء ولو أذن لها بعد مضى السنة كان عليها عمرة مع الحج وقال زفر عليها العمرة فيهما ونية القضاء لانهما تقررا فى ذمتها برفض الحج فلا تخرج عن عهدتهما الا بهما مع نية القضاء فلو لم تنو لم تخرج عن العهدة وفى هذا الا فرق بين عام الاحلال والعام

(قوله بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا كان باذنه لما ان النكاح حق الزوج وقد تعلق حقه باذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه) وان بقى ملكه كتعلق حق المرتهن به باذنه فلما كان كذلك قام المشترى مقامه بعد الشراء فلذلك لا يكون له حق الفسخ أيضا وأما ههنا فقد اجتمع فى الجارية حقان حق الله تعالى فى الاحرام وحق المشترى فى الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجة العبد وغنى الشارع الا ترى انه اذا اجتمع القصاص والقتل بقطع الطريق بدئ بالقصاص لانه حق العبد (قوله لا يتمكن من ردها بالعيب) أى بعيب الاحرام ثم التحليل بالتطيب أو بالمس او بقص الشعر والظفر * وفى المنتقى

قوله (وقد كان للبائع) يعنى على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أن المولى اذا أذن للعبد فى الحج فليس له أن يحلله لانه أسقط حقه بالاذن فصار العبد كالحر الا أن المشترى له أن يحلله لان الاحرام لم يقع باذنه وقوله (بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع فسخه) جواب عن قياس زفر وانما لم يكن له أن يفسخ اذا كان باذنه لما أن النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به باذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه وان بقى ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن باذنه والمشترى قام مقامه بعد الشراء فكذلك لا يكون له حق الفسخ أيضا وأما ههنا فقد اجتمع فى الجارية حقان حق الله تعالى فى الاحرام وحق المشترى فى الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله تعالى لغناه وقوله (وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ الجامع الصغير (أو يجامعها) يعنى قال فللمشترى أن يحللها أو يجامعها وباقى كلامه ظاهر وهذا آخر العبادات والله تعالى هو المعين على الاتمام

القابل قلنا ان قلت بمجرد التحليل تقرر امنعناه بل اللازم عين تلك الحجة مالم يمض الوقت فاذا مضى بلا ايقاع فيه حينئذ لزمه مثلها وهو القضاء لانه أداء مثل الواجب وذلك لا يتحقق الا بعد خروج الوقت وصار كما اذا شرع فى صلاة فى وقتها ثم قطعها فيه ثم أداها فيه أيضا واذا كان اللزوم مالم تتحول السنة عين الواجب لم تلزمه عمرة ولا ينوى القضاء وعن هذا قلنا لو حللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مرارا ثم حجت من عامها أجزأها عن كل التحللات تلك الحجة الواحدة ولو لم تحج بعد التحليلات الا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة هذا وقدمنا فى باب الاحصار أنه اذا كان الاحصار فى حجة الاسلام لا ينوى القضاء ولو تحولت السنة لانها باقية فى ذمته مالم يؤدها ولم يخرج الوقت لتصير قضاء لان وقتها العمر والتضيق فى أول سنى الامكان لا ينفيه لما حققنا فى أول كتاب الحج من أن ذلك وجوب احتياط لا افتراض وقد أجمعوا أن بالاداء بعد التاخير بلا عذر وتحمل الاثم يقع أداء واذا أذن لأمته المتزوجة فى الحج فليس لزوجها منعها الا بمنافعها للسيد * وهذه الخاتمة الموعودة وفيها ثلاثة مقاصد *(المقصد الاول فى ايجاب الهدى وما يتبعه)*

يثبت لزوم الهدى بنذره تنجيزا وتعليقا ولا فرق بين قوله لله على أو على هدى لانه لا يكون الا لله ولا يلزم الا فيما يملك فلو قال ان فعلت كذا فهذا هدى لغير مملوك له ففعل لا شئ عليه الا أن يكون ذلك المشار اليه ابنه ففيه القياس والاستحسان على ما سنذكر فى نذر ذبح الولد وكذا لو قال ذلك لمملوك له فباعه ثم فعل ولو قال فهذا حر يوم أشتريه ففعل ثم اشتراه عتق ولو اشتراه قبل الفعل ثم فعل لا يعتق ولو قال ان فعلت فانا أهدى كذا لزمه اذا فعل ويلزمه من اطلاق لفظ الهدى أمران جواز ما يجزى فى الاضحية من الشاة الضأن أو المعز أو الابل أو البقر الا أن ينوى بعيرا أو بقرة فيلزمه ذلك وأن لا يذبح الا فى الحرم فان كان فى أيام النحر فالسنة ذبحه بمنى والا فى مكة وله أن يذبحه حيث شاء من أرض الحرم ولو قال على أن أهدى جزورا تعين الابل والحرم ولو قال جزورا فقط جاز فى غير الحرم كمصر والشام لانه لم يذكر الهدى ولو قال بدنة فقط جاز البقرة والبعير حيث شاء الا أن ينوى معينا من البدن وعن أبى يوسف يتعين الحرم فرق بينه وبين الجزور بان اسم البدن لا يذكر فى مشهور الاستعمال الا فى معنى المهداة ولو صرح بالهدى يتعين الحرم فكذا البدنة وظاهر المذهب خلافه الا أن يزيد فيقول بدنة من شعائر الله ويمنع أن فيه نقلا شرعيا أو عرفيا بل كل منهما مشترك فيهما واذا ذبح الهدى فى الحرم يتصدق به على مساكين الحرم وان تصدق به على غيرهم أيضا جاز لان معنى اسم الهدى لا يعين فقراء محل أصلا بل انما ينبئ عن النقل الى مكان وذلك هو الحرم اجماعا فتعين الحرم انما هو لافادة ماخذ اسم النقل ثم تعين المكان بالكتاب والاجماع فتعيين فقراء الحرم قول بلا دليل وهذا لان القربة بالاهداء تتم بالنقل الى الحرم والذبح به تعظيما له ولذا لو سرق لم يلزمه غيره وبذلك انتهى مدلوله ويصير لحاوجه القربة فيه شئ آخر هو التصدق وفى هذا مساكين الحرم وغيرهم سواء وهل يجوز التصدق بالقيمة فى الحرم فى نذر الهدى كأن يقول هذه الشاة هدى فى رواية أبى سليمان يجوز أن يهدى قيمتها وفى رواية أبى حفص لا يجوز وجه الاولى اعتبار النذر بما أمر الله جل ذكره به من الغنم والابل فى الزكاة ووجه رواية أبى حفص أن فى اسم الهدى زيادة على مجرد اسم الشاة وهو الذبح فالقربة فيه تتعلق بالذبح ثم التصدق بعد ذلك تبع بخلاف الزكاة فان القربة انما تتعلق فى الشاة بالصدقة وهو ثابت فى القيمة فيجوز وليس الذبح ثابتا فى قيمة الهدى فلا يجوز وهذا احسن ومن نذر شاة فاهدى مكانها جزورا فقد أحسن وليس هذا من القيمة لثبوت الاراقة فى البدل الأعلى كالاصل وقالوا اذا قال لله على أن أهدى شاتين فاهدى شاة تساوى شاتين قيمة لم يجزه فلو عين الهدى مما لا يذبح فيما يقبل النقل كالعبيد والقدور والثياب فقال ان فعلت فثوبى هذا هدى أو هذا القدر هدى أو هذا العبد جاز اهداء قيمته الى مكة أو عينه ويجوز أن يعطى لحجبة البيت اذا كانوا فقراء وان تصدق به أو بقيمته فى غير مكة كالكوفة ومصر جاز لان معنى القربة فى الامتعة ليس الا التصدق وهو فى حق أهل مكة وغيرهم سواء بخلاف الهدى بما يشرع ذبحه لان

المعانقة أو التقبيل مع العلم بالاحرام تحليل وان لم يرد به التحليل والله تعالى أعلم بالصواب

معنى

معنى القربة فيه بالاراقة ولم تعرف قربة الا فى الحرم فيتعين الحرم وغاية ما فيه أنه نذر التصدق فى مكان فتصدق فى غيره وذلك جائز عندنا لان النذر بما هو قربة والقربة انما هى بالتصدق فينعقد النذر بمجرد التصدق وان كان مما لا ينقل كالدار والارض تتعين القيمة اذا أراد الايصال الى مكة وقوله فهذه الشاة هدى الى البيت أو مكة أو الكعبة موجب ولو قال الى الحرم أو المسجد الحرام على الخلاف فى التزام المشى الى الحرم والمسجد الحرام عندهما موجب وعند أبى حنيفة لا وقوله هدى الى الصفا والمروة لا يجب اتفاقا على ما سبق فى المشى فان قيل ينبغى أن يلزم هنا على قوله أيضا لان مجرد ذكر الهدى موجب فزيادة ذكر الحرم لا ترفع الوجوب بعد الثبوت بخلاف المشى الى الحرم لان مجرد قوله على المشى غير موجب بل مع ما يمشى اليه أجيب بان اسم الهدى انما أوجب باعتبار ذكر مكة مضمرا بدلالة العرف فاذا نص على الحرم أو المسجد تعذر اضمار مكة فى كلامه اذ قد صرح بمراده فلا يجب شئ به وقوله فثوبى هذا ستر البيت أو أضرب به حطيم البيت ملزم استحسانا لانه يراد بهذا اللفظ هديه ولو قال كل مالى أو جميعه هدى فعليه أن يهدى ماله كله ويمسك منه قدر قوته فاذا أفاد مالا تصدق بقدر ما أمسك وأورد هذه المسئلة فى كتاب الهبة أن الاصل فيما اذا قال مالى صدقة فقال فى القياس ينصرف الى كل مال له وهو قول زفر وفى الاستحسان ينصرف الى مال الزكاة خاصة بخلاف ما اذا قال جميع ما أملك فمن المشايخ من قال ما ذكره هنا جواب القياس لان التزام الهدى فى كل مال كالتزام الصدقة فى كل مال والاصح الفرق بان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى بلفظ الصدقة يختص بمال الزكاة فكذا ما يوجبه العبد على نفسه وهنا انما أوجب بلفظ الهدى وما أوجبه الله تعالى بلفظ الهدى لا يختص بمال الزكاة وفى نوادر ابن سماعة لله على أن أذبح ولم يقل صدقة لا شئ عليه وعندى فيه نظر لانه التزم بما من جنسه واجب الا أن يقصد الذبح بنفسه ومن قال لله على أن أنحر ولدى ففى القياس لا شئ عليه وفى الاستحسان يلزمه شاة ولو كان له أولاد لزمه مكان كل ولد شاة وكذا اذا نذر ذبح عبده عند أبى حنيفة وعند محمد يلزمه الشاة فى الولد لا العبد وعند أبى يوسف لا يلزمه فى واحد منهما *(المقصد الثانى فى المجاورة)* اختلف العلماء فى كراهة المجاورة بمكة وعدمها فذكر بعض الشافعية أن المختار استحبابها الا أن يغلب على ظنه الوقوع فى المحذور وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وذهب أبو حنيفة ومالك رحمهما الله الى كراهتها وكان أبو حنيفة يقول انها ليست بدار هجرة وقال مالك وقد سئل عن ذلك ما كان الناس يرحلون اليها الا على نية الحج والرجوع وهو أعجب وهذا أحوط لما فى خلافه من تعريض النفس على الخطر اذ طبع الانسان التبرم والملل من توارد ما يخالف هواه فى المعيشة وزيادة الانبساط المخل بما يجب من الاحترام لما يكثر تكرره عليه ومداومة نظره اليه وأيضا الانسان محل الخطا كما قال عليه السلام كل بنى آدم خطاء والمعاصى تضاعف على ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان صح والا فلا شك أنها فى حرم الله أفحش وأغلظ فتنهض سببا لغلظ الموجب وهو العقاب ويمكن كون هذا هو محمل المروى من التضاعف كى لا يعارض قوله تعالى ومن جاء بالسيئة فلا يجزى الا مثلها أعنى أن السيئة تكون فيه سببا لمقدار من العقاب هو أكثر من مقداره عنها فى غير الحرم الى أن يصل الى مقدار عقاب سيآت منها فى غيره والله أعلم وكل من هذه الامور سبب لمقت الله تعالى واذا كان هذا سجية البشر فالسبيل النزوح عن ساحته وقل من يطمئن الى نفسه فى دعواها البراءة من هذه الامور الا وهو فى ذلك مغرور ألا ترى الى ابن عباس رضى الله عنهما من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم المحببين اليه المدعو له كيف اتخذ الطائف دارا وقال لان أذنب خمسين ذنبا (١) بركبة وهو موضع بقرب الطائف أحب الى من أن أذنب ذنبا واحدا بمكة وعن ابن مسعود رضى الله عنه ما من بلدة يؤاخذ العبد فيها بالهمة قبل العمل الا مكة وتلا هذه الآية ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم وقال سعيد بن المسيب للذى جاء من أهل المدينة يطلب العلم ارجع الى المدينة فانا نسمع أن ساكن مكة لا يموت حتى يكون الحرم عنده بمنزلة الحل لما يستحل من حرمها وعن عمر رضى الله عنه قال خطيئة أصيبها بمكة أعز على من سبعين خطيئة

(١) وركبة بضم فسكون كما فى القاموس كتبه مصححه

بغيرها نعم أفراد من عباد الله استخلصهم وخلصهم من مقتضيات الطباع فأولئك هم أهل الجوار الفائزون بفضيلة من تضاعف الحسنات والصلوات من غير ما يحبطها من الخطيئات والسيئات في الحديث عنه عليه السلام صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد الا المسجد الحرام وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدي وفي رواية لاحمد عن ابن عمر سمعته يعني النبي صلى الله عليه وسلم يقول من طاف أسبوعا بالبيت وصلى ركعتين كان كعدل رقبة وقال سمعته يقول ما رفع رجل قدما ولا وضعها الا كتب الله له عشر حسنات وحط عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه السلام من أدرك رمضان بمكة فصامه وقام منه ما تيسر كتب له مائة ألف شهر رمضان فيما سواها وكتب الله له بكل يوم عتق رقبة وبكل ليلة عتق رقبة وكل يوم حملان فرس في سبيل الله ولكن الفائز بهذا مع السلامة من احباطه أقل القليل فلا يبنى الفقه باعتبارهم ولا يذكر حالهم قيدا في جواز الجوار لان شأن النفوس الدعوى الكاذبة والمبادرة الى دعوى الملكة والقدرة على ما يشترط فيما تتوجه اليه وتطلبه وانها لأكذب ما يكون اذا حلفت فكيف اذا ادعت والله أعلم وعلى هذا فيجب كون الجوار في المدينة المشرفة كذلك فان تضاعف السيآت أو تعاظمها وان فقد فيها فمخافة السآمة وقلة الادب المفضي الى الاخلال بواجب التوقير والاجلال قائم وهو أيضا مانع الا للأفراد ذوي الملكات فان مقامهم وموتهم فيها هي السعادة الكاملة في صحيح مسلم لا يصبر على لأواء المدينة وشدتها أحد من أمتي الا كنت له شفيعا يوم القيامة أو شهيدا وأخرج الترمذي وغيره عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم من استطاع أن يموت بالمدينة فليمت فاني أشفع لمن يموت بها *(المقصد الثالث في زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم)* قال مشايخنا رحمهم الله تعالى من أفضل المندوبات وفي مناسك الفارسي وشرح المختار أنها قريبة من الوجوب لمن له سعة روى الدارقطني والبزار عنه عليه السلام من زار قبري وجبت له شفاعتي وأخرج الدارقطني عنه عليه السلام من جاءني زائرا لا تعمله حاجة الا زيارتي كان حقا علي أن أكون له شفيعا يوم القيامة وأخرج الدارقطني أيضا من حج وزار قبري بعد موتي كان كمن زارني في حياتي هذا والحج ان كان فرضا فالاحسن أن يبدأ به ثم يثني بالزيارة وان كان تطوعا كان بالخيار فاذا نوى زيارة القبر فلينو معه زيارة المسجد أي مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه أحد المساجد الثلاثة التي تشد اليها الرحال في الحديث لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد المسجد الحرام ومسجدي هذا والمسجد الاقصى واذا توجه الى الزيارة يكثر من الصلاة والسلام على النبي صلى الله عليه وسلم مدة الطريق والاولى فيما يقع عند العبد الضعيف تجريد النية لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم ثم اذا حصل له اذا قدم زيارة المسجد أو يستفتح فضل الله سبحانه في مرة أخرى ينويهما فيها لان في ذلك زيادة تعظيمه صلى الله عليه وسلم واجلاله ويوافق ظاهر ما ذكرناه من قوله عليه الصلاة والسلام لا تعمله حاجة الا زيارتي واذا وصل الى المدينة اغتسل بظاهرها قبل أن يدخلها أو توضأ والغسل أفضل ولبس نظيف ثيابه والجديد أفضل وما يفعله بعض الناس من النزول بالقرب من المدينة والمشي على أقدامه الى أن يدخلها حسن وكل ما كان أدخل في الادب والاجلال كان حسنا واذا دخلها قال باسم الله رب أدخلني مدخل صدق الآية اللهم افتح لي أبواب رحمتك وارزقني من زيارة رسولك صلى الله عليه وسلم ما رزقت أولياءك وأهل طاعتك واغفر لي وارحمني يا خير مسؤل وليكن متواضعا متخشعا معظما لحرمتها لا يفتر عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مستحضرا أنها بلدته التي اختارها الله تعالى دار هجرة نبيه ومهبط الوحي والقرآن ومنبع الايمان والاحكام الشرعية قالت عائشة رضي الله عنها كل البلاد افتتحت بالسيف الا المدينة فانها افتتحت بالقرآن العظيم وليحضر قلبه أنه ربما صادف موضع قدمه ولذا كان مالك رحمه الله ورضي عنه لا يركب في طرق المدينة وكان يقول أستحي من الله تعالى أن أطأ تربة فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحافر دابة واذا دخل المسجد فعل ما هو السنة في دخول المساجد من تقديم اليمين ويقول اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك ويدخل من باب جبريل أو غيره ويقصد الروضة الشريفة وهي بين

المنبر

المنبر والقبر الشريف فيصلي تحية المسجد مستقبلا السارية التي تحتها الصندوق بحيث يكون عمود المنبر حذاء منكبه الايمن ان أمكنه وتكون الحنية التي في قبلة المسجد بين عينيه فذلك موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قيل قبل أن يغير المسجد وفي بعض المناسك يصلي تحية المسجد في مقامه عليه السلام وهو الحفرة قال الكرماني وصاحب الاختيار ويسجد لله شكرا على هذه النعمة ويسأله تمامها والقبول وقيل ذرع ما بين المنبر وموقفه عليه السلام الذي كان يصلي فيه أربعة عشر ذراعا وشبر وما بين المنبر والقبر ثلاث وخمسون ذراعا وشبر ثم يأتي القبر الشريف فيستقبل جداره ويستدبر القبلة على نحو أربعة أذرع من السارية التي عند رأس القبر في زاوية جداره وما عن أبي الليث أنه يقف مستقبل القبلة مردود بما روى أبو حنيفة رضي الله عنه في مسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من السنة أن تأتي قبر النبي صلى الله عليه وسلم من قبل القبلة وتجعل ظهرك الى القبلة وتستقبل القبر بوجهك ثم تقول السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته الا أن يحمل على نوع ما من استقبال القبلة وذلك أنه عليه السلام في القبر الشريف المكرم على شقه الايمن مستقبل القبلة وقالوا في زيارة القبور مطلقا الاولى أن يأتي الزائر من قبل رجل المتوفى لا من قبل رأسه فانه أتعب لبصر الميت بخلاف الاول لانه يكون مقابلا بصره لان بصره ناظر الى جهة قدميه اذا كان على جنبه فعلى هذا تكون القبلة عن يسار الواقف من جهة قدميه عليه السلام بخلاف ما اذا كان من جهة وجهه الكريم فاذا أكثر الاستقبال اليه عليه السلام لا كل الاستقبال يكون استدباره القبلة أكثر من أخذه الى جهتها فيصدق الاستدبار ونوع من الاستقبال وينبغي أن يكون وقوف الزائر على ما ذكرنا بخلاف تمام استدبار القبلة واستقباله صلى الله عليه وسلم فانه يكون البصر ناظرا الى جنب الواقف وعلى ما ذكرنا يكون الواقف مستقبلا وجهه عليه السلام وبصره فيكون أولى ثم يقول في موقفه السلام عليك يا رسول الله السلام عليك يا خير خلق الله السلام عليك يا خيرة الله من جميع خلقه السلام عليك يا حبيب الله السلام عليك يا سيد ولد آدم السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته يا رسول الله اني أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأنك عبده ورسوله وأشهد أنك يا رسول الله قد بلغت الرسالة وأديت الامانة ونصحت الأمة وكشفت الغمة فجزاك الله عنا خيرا جازاك الله عنا أفضل ما جازى نبيا عن أمته اللهم اعط سيدنا عبدك ورسولك محمدا الوسيلة والفضيلة والدرجة العالية الرفيعة وابعثه المقام المحمود الذي وعدته وأنزله المنزل المقرب عندك انك سبحانك ذو الفضل العظيم ويسأل الله تعالى حاجته متوسلا الى الله بحضرة نبيه عليه الصلاة والسلام وأعظم المسائل وأهمها سؤال حسن الخاتمة والرضوان والمغفرة ثم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيقول يا رسول الله أسألك الشفاعة يا رسول الله أسألك الشفاعة وأتوسل بك الى الله في أن أموت مسلما على ملتك وسنتك ويذكر كل ما كان من قبيل الاستعطاف والرفق ويجتنب الالفاظ الدالة على الادلال والقرب من المخاطب فانه سوء أدب وعن ابن أبي فديك قال سمعت بعض من أدركت يقول بلغنا أنه من وقف عند قبر النبي صلى الله عليه وسلم فتلا هذه الآية ان الله وملائكته يصلون على النبي الآية ثم قال صلى الله عليه وسلم يا محمد سبعين مرة ناداه ملك صلى الله عليه وسلم وعليك يا فلان ولم تسقط له حاجة هذا وليبلغ سلام من أوصاه بتبليغ سلامه فيقول السلام عليك يا رسول الله من فلان بن فلان أو فلان بن فلان يسلم عليك يا رسول الله يروى أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كان يوصي بذلك ويرسل البريد من الشام الى المدينة الشريفة بذلك ومن ضاق وقته عما ذكرناه اقتصر على ما يمكنه وعن جماعة من السلف الايجاز في ذلك جدا ثم يتأخر عن يمينه اذا كان مستقبلا (١) قيد ذراع فيسلم على أبي بكر رضي الله عنه فان رأسه حيال منكب النبي صلى الله عليه وسلم وعلى ما ذكرنا يكون تأخره الى ورائه بجانبه فيقول السلام عليك يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وثانيه في الغار أبا بكر الصديق جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ثم يتأخر كذلك قدر ذراع فيسلم على عمر رضي الله عنه لان رأسه من الصديق كرأس الصديق من النبي صلى الله عليه وسلم فيقول السلام عليك يا أمير المؤمنين عمر الفاروق الذي أعز

(١) قوله قيد ذراع في بعض النسخ قدر ذراع والقيد بكسر القاف والقدر بمعنى واحد كما في كتب اللغة كتبه مصححه

ا لله به الاسلام جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ثم يرجع الى حيال وجه النبي صلى الله عليه وسلم
فيحمد الله و يثني عليه و يصلي و يسلم على نبيه و يدعو و يستشفع له ولوالديه ولمن أحب ويختم دعاءه بآمين
والصلاة والتسليم وقيل ماذكر من العود الى رأس القبر الشريف لم ينقل عن الصحابة ولا التابعين وأخرج
أبو داود عن القاسم بن محمد قال دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت يا أم المؤمنين اكشفي لي عن قبر رسول
الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه فكشفت عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة مبطوحة ببطحاء العرصة
الحمراء رواه الحاكم وزاد فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقدما وأبا بكر رأسه بين كتفي رسول الله صلى
الله عليه وسلم وعمر رأسه عند رجل النبي صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واذا فرغ من الزيارة يأتي الروضة
فيكثر فيها من الصلاة والدعاء ان لم يكن وقت تكره فيه الصلاة ففي الصحيحين ما بين بيتي ومنبري روضة من
رياض الجنة وفي رواية قبري ومنبري و يقف عند المنبر و يدعو ففي الحديث قوائم منبري رواتب في الجنة
وعنه عليه السلام منبري على ترعة من ترع الجنة وكان السلف يستحبون أن يضع أحدهم يده على رمانة
المنبر النبوي التي كان عليه السلام يضع يده عليها عند الخطبة وهناك الآن قطعة تدخل الناس أيديهم من
طاقة في المنبر اليها يتبركون بها يقال انها من بقايا منبره عليه الصلاة والسلام و يجتهد أن لا يفوته مدة مقامه
صلاة في المسجد فقد ثبت أن صلاة في مسجده تعدل ألف صلاة في غيره على ما قدمنا وهذا التفضيل مختص
بالفرائض وقيل في النفل أيضا ولعلنا قدمنا ما ينفيه في كتاب الصلاة وقد اشتهر عنه عليه الصلاة والسلام
ان أفضل صلاة الرجل في منزله الا المكتوبة وهذا قاله وهو في المدينة يشافه به الحاضرين عنده في المسجد
والغائبين ثم هو صلى الله عليه وسلم لم يؤثر عنه التنفل في المسجد بل في بيته من التهجد وركعتي الفجر وغيرها
ولو كان كذلك لم يصل نافلة الا في المسجد أو يكون ذلك هو الأكثر وخلافه قليل في بعض الاحايين خصوصا
ومن بيته الى المسجد نقل قدم واحدة وقد يقال أيضا ان ذلك انما هو في حق الرجال لانه صلى الله عليه وسلم
أمر المرأة التي سألته الحضور والصلاة معه أن تصلي في بيتها مع أن الخروج لهن كان مباحا اذ ذاك وقد
قدمنا تخريج هذا الحديث في باب الامامة من كتاب الصلاة نعم لم أن اطلاق الخروج لهن اذ ذاك كان
ليتعلمن ما يشاهدنه من آداب الصلاة وحسن أداء الناس وغير ذلك من العلم و يتعودن المواظبة
ولا يستثقلن الصلاة في البيت وغير ذلك من المصالح والله أعلم و يستحب أن يخرج كل يوم الى البقيع بقيع
الغرقد فيزور القبور التي به خصوصا يوم الجمعة و يبكر كي لا تفوته صلاة الظهر مع الامام في المسجد فقد كان
صلى الله عليه وسلم يزوره وقال لام قيس بنت محصن لما أخذ بيدها فذهب اليه ترين هذه المقبرة قلت نعم قال
يبعث منها سبعون ألفا على صورة القمر ليلة البدر و يدخلون الجنة بغير حساب واذا انتهى اليه قال
السلام عليكم دار قوم مؤمنين وانا ان شاء الله بكم لاحقون اللهم اغفر لاهل بقيع الغرقد اللهم اغفر لنا
ولهم و يزور القبور المشهورة كقبر عثمان بن عفان رضي الله عنه وقبر العباس وهو في قبته المشهورة
وفيها قبران الغربي منهما قبر العباس رضي الله عنه والشرقي قبر الحسن بن علي وزين العابدين وولده محمد
الباقر وابنه جعفر الصادق رضي الله عنهم كلهم في قبر واحد وعند باب البقيع عن يسار الخارج قبر صفية
أم الزبير عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه قبر فاطمة بنت أسد أم علي رضي الله عنهما و يصلي في مسجد
فاطمة بنت رسول الله بالبقيع وهو المعروف ببيت الاحزان وقيل قبرها فيه وقيل بل في الصندوق الذي هو
أمام مصلى الامام في الروضة الشريفة واستبعده بعض العلماء وقيل ان قبرها في بيتها وهو في مكان المحراب
الخشب الذي خلف الحجرة الشريفة داخل الدرابزين قال وهو الاظهر و بالبقيع قبة يقال ان فيها قبر
عقيل بن أبي طالب وابن أخيه عبد الله بن جعفر بن أبي طالب والمنقول ان قبر عقيل في داره وفيه
حظيرة مستهدمة مبنية بالحجارة يقال ان فيها قبور من دفن من أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم
ورضي الله عنهن وفيه قبر ابراهيم ابن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مدفون الى جنب عثمان
ابن مظعون ودفن الى جنب عثمان بن مظعون عبد الرحمن بن عوف رضوان الله عليهم أجمعين وعثمان

هذا

هذا أول من دفن بالبقيع في شعبان على رأس ثلاثين شهرا من الهجرة و يأتي أحدا يوم الخميس مبكرا كي
لا تفوته جماعة الظهر بالمسجد فيزور قبور شهداء أحد و يبدأ بقبر حمزة عم النبي صلى الله عليه وسلم و يزور
جبل أحد نفسه ففي الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أحد جبل يحبنا ونحبه وفي رواية لابن ماجه أنه على
ترعة من ترع الجنة وأن عيرا على ترعة من ترع النار وعن ابن عمر رضي الله عنهما مر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بمصعب بن عمير فوقف عليه وقال أشهد أنكم أحياء عند الله فزوروهم وسلموا عليهم فوالذي
نفسي بيده لا يسلم عليهم أحد الا ردوا عليه السلام الى يوم القيامة و يستحب أن يأتي مسجد قباء يوم
السبت اقتداء به صلى الله عليه وسلم لانه كان يأتيه في كل سبت راكبا وماشيا متفق عليه وهو أول مسجد وضع
في الاسلام وأول من وضع فيه حجرا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان رضي الله عنهم
و ينوي زيارته والصلاة فيه فقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أن الصلاة فيه كعمرة و يأتي في قباء بئر اريس التي
تفل فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيها سقط خاتمه صلى الله عليه وسلم من عثمان رضي الله عنه فيتوضأ
و يشرب و يزور مسجد الفتح وهو على قطعة من جبل سلع من جهة الغرب فيركع فيه و يدعو وروى جابر أنه
صلى الله عليه وسلم دعا فيه ثلاثة أيام على الاحزاب فاستجيب له يوم الاربعاء بين الصلاتين والمساجد التي هناك
منها مسجد يقال له مسجد بني ظفر وفيه حجر جلس عليه النبي صلى الله عليه وسلم و يقال ما جلست عليه امرأة
تريد الولد الا حبلت و يقال ان جميع المساجد والمشاهد المفضلة التي بالمدينة ثلاثون يعرفها أهل المدينة
و يقصد الآبار التي كان صلى الله عليه وسلم يتوضأ منها و يشرب وهي سبعة منها بئر بضاعة والله أعلم
(فصل) واذا عزم على الرجوع الى أهله يستحب له أن يودع المسجد بصلاة و يدعو بعدها بما أحب
وأن يأتي القبر الكريم فيسلم و يدعو بما أحب له ولوالديه واخوانه وأولاده وأهله وماله و يسأل الله تعالى أن
يوصله الى أهله سالما غانما في عافية من بليات الدنيا والآخرة و يقول غير مودع يا رسول الله (١) و يسأل ان
شاء الله تعالى ان يرده الى حرمه وحرم نبيه في عافية وليكثر دعاءه بذلك في الروضة الشريفة عقيب الصلوات وعند
القبر و يجتهد في خروج الدمع فانه من أمارات القبول و ينبغي أن يتصدق بشيء على جيران النبي صلى الله عليه
وسلم ثم ينصرف متباكيا متحسرا على فراق الحضرة الشريفة النبوية والقرب منها ومن سنن الرجوع أن
يكبر على كل شرف من الارض و يقول آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده
ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده وهذا متفق عليه عنه صلى الله عليه وسلم كل شيء هالك الا وجهه له الحكم
واليه ترجعون وليحذر كل الحذر مما يصدر من بعض الجهلة من اظهار التندم على السفر والعزم على عدم
العود وقوله لغيره احذر أن تعود ونحو ذلك فهذا كله تعرض للمقت بل دليل عدم القبول والمقت في الحال
واذا أشرف على بلده حرك دابته و يقول آيبون أيضا الخ وروى النسائي أنه عليه السلام لم ير قرية يريد
دخولها الا قال حين يراها اللهم رب السموات السبع وما أظللن ورب الارضين السبع وما أقللن ورب
الشياطين وما أضللن ورب الرياح وما ذرين فانا نسألك خير هذه القرية وخير أهلها وخير ما فيها ونعوذ
بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها و يقول اللهم اجعل لي فيها قرارا ورزقا حسنا و يرسل الى أهله من
يخبرهم ولا يبغتهم بمجيئه داخلا عليهم فانه نهى عن ذلك واذا دخلها بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين ان لم يكن
وقت كراهة ثم يدخل منزله و يصلي فيه ركعتين و يحمد الله تعالى و يشكره على ما أولاه من اتمام العبادة
والرجوع بالسلامة و يديم حمده وشكره مدة حياته و يجتهد في مجانبة ما يوجب الاحباط في باقي عمره وعلامة
الحج المبرور أن يعود خيرا مما كان قبل
(قال المصنف رحمه الله رحمة واسعة) وهذا تمام ما يسر الله سبحانه لعبده الضعيف من ربع العبادات
أسأل الله رب العالمين ذا الجود العميم أن يحقق لي فيه الاخلاص و يجعله نافعا الى يوم القيامة انه على ما يشاء
قدير و بالاجابة جدير والآن أشرع بريئا من الحول والقوة مفتتحا كتاب النكاح سائلا من فضله تعالى أن
يمن علي بختم الربع الثاني واكمال مقاصده على وجه يرضاه و يرضى به عن عبده ولا حول ولا قوة الا بالله العلي

(١) قوله و يسأل ان شاء الله تعالى هكذا في الاصول ولا محل لذكر المشيئة مع سؤال الله كما لا يخفى حرره كتبه مصححه

(كتاب النكاح)

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة وأما دواعي العقل فان كل عاقل يحب أن يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل وأما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما أعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت بامر الشرع وان كانت

(كتاب النكاح)

(قوله الا ببقاء النسل) أقول والنكاح طريقه (قوله ولا مزجرة فيها الخ) أقول ينتقض بالاكل والشرب

(٢) في نسخة المحقق العلامة البحراوي حفظه الله بعد هذا ما نصه هذا آخر الجزء الاول من تجزئة شيخ الاسلام مؤلفه نفعنا الله بعلومه وأعاد علينا من بركاته آمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وأول الجزء الثاني كتاب النكاح اه كتبه مصححه

(كتاب النكاح)

العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه عبده ورسوله صاحب الشرع القويم والصراط المستقيم (٢)

(كتاب النكاح)

هو أقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به أفضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا أولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود الاسلام فقط كذا قيل والحق أن الجهاد أيضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة أعني من الكفر الى الاسلام يصحح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك فان ما يحصل بانكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به أو الذمة دون اسلام أهل الدار فقدم للاكثرية في ذلك وأما من أولى العبادات البيوع فنظر الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس أحد يعجز في ابداء وجه تقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست في الآخر فالمقدم يعتبر ما لما قدمه ويسكت عما لما أخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابداء وجه أولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين أيهما يقتضي أو أكثر اقتضاء للتقديم وقد يفضي الى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعي تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار في ذلك أدخل في طريقة أهل العلم والتحصيل ولا بد في تحصيل زيادة البصيرة فيما انشرع فيه من تقديم تحصيل أمور الامر الاول مفهومه لغة قيل هو مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة في الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطء من أفراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من أفراده كانسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا الى أن حدث التفصيل بين أن يراد به خصوص الشخص بعينه يعني يجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قلما تخطر عند الاطلاق حتى ترك الاقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ أكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما * واعلم أن المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطء قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح أي من وطء حلال لا من وطء حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شئ الا النكاح وقول الشاعر

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا * وأخرى على خال وعم تلهف

وقوله * ومنكوحة غير ممهورة * وقول الآخر

التاركين على طهر نساءهم * والناكحين بشطي دجلة البقرا

وفي العقد قول الاعشى

ولا تقربن جارة ان سرها * عليك حرام فانكحن أو تأبدا

وفي المعنى الاعم قول القائل

(كتاب النكاح)

النكاح في اللغة الضم ثم يستعمل في الوطء لوجود الضم فيه والعقد لانه سببه وهو لا يوجد الا بركنه من أهله مضافا الى محله كسائر العقود الشرعية * فالركن هو الايجاب والقبول * وأهله من هو أهل سائر العقود * ومحله ما هو قابل لحكمه * وحكمه الملك والحل والتوالد والتناسل من المقاصد وهو أفضل من التخلي لنفل العبادة * وقال الشافعي رحمه الله التخلي أفضل الا أن تتوق نفسه الى النساء ولا تصبر على التخلي لان النكاح من المعاملات حتى يصح من الكافر والعبادة أقوى من المعاملة لان العبادات شرعت لله تعالى

ضممت

ضممت الى صدري معطر صدرها * كما نكحت أم الغلام صبيها

أي ضممته وقول أبي الطيب

أنكحت صم حصاها خف يعملة * تغشمرت بي اليك السهل والجبلا

فمدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في أحدهما حقيقة في الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحيل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة ففي الحديث الاول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وان كان الولادة بالذات من الوطء وفي الحديث الثاني اضافة المرأة الى ضمير الرجل فان امرأته هي المعقود عليها فيلزم ارادة الوطء من النكاح المستثنى والا فسد المعنى اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شئ الا العقد وفي الابيات الاضافة الى البقر ونفي المهر والاسناد الى الرماح اذ يستفاد أن المراد وطء البقر والمسبيات والجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي ولا نسلم أن فهم الوطء فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة تؤيد ارادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع ارادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر الى القرينة ان عرف أنه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والا فلا ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بما اذا نظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى ألا ترى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة في العقد من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضا فان قوله فلا تقربن جارة نهي عن الزنا بدليل ان سرها عليك حرام فيلزم أن قوله فانكحن أمر بالعقد أي فتزوج ان كان الزنا عليك حراما أو تأبد أي توحش أي كن منها كالوحش بالنسبة الى الآدميات فلا يكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي ولم يمنع ذلك أن يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت اذ هم لا يقولون بأنه مجاز في هذا البيت وأما ادعاء أنه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب فدعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح لو كانا سواء فكيف والانسب كونه في الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطء حلال لا من وطء حرام فيكون على خاص من الوطء والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضا فثبت الى هنا أنا لم نزد على ثبوت مجرد الاستعمال شيأ يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال أيضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من أفراده الوطء والعقد ان اعتبرنا الضم أعم من ضم الجسم الى الجسم والقول الى القول أو الوطء فقط فيكون مجازا في العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز أولى ما لم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا انقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ أبو عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها أعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا في العقد ثم أفراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك * الامر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له والا ورد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح الذي عبرنا به لا أن الشارع نقله فانه لم يثبت

والمعاملات شرعت لنا * ولنا قوله عليه السلام من كان على ديني ودين داود فليتزوج وان لم يجد اليه سبيلا فليجاهد في سبيل الله فجعل النكاح من الدين وقدمه على الجهاد وقد انتهى رسول الله عليه السلام في التزويج الى العدد المشروع له وقد اشتغل به عن التخلي للعبادة فثبت انه أفضل من التخلي لانه عليه السلام كان يجتهد اسلوك أفضل طريق الدين وقد هم قوم بالتخلي لعبادة الرحمن وطلاق النسوان فرد عليهم النبي عليه السلام بقوله تناكحوا توالدوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمة فهذا الامر لا يخلو اما ان كان

بدواعي الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطء ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سببه وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا الانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب هو الملتفظ به أولا من أي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه

وانما تكلم به الشارع على وفق اللغة فلذا حيث ورد فى الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطء كما فى قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم حتى أثبتوا به حرمة من زنى بها الاب على الابن وقول قاضيخان انه فى اللغة والشرع حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد وقول صاحب المجتبى هو فى عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا والمراد بالعقد مطلقا سواء كان نكاحا أو غيره مجموع ايجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كانا باللفظين المشهورين من زوجت أو تزوجت أو غيرهما مما سنذكر أو كلام الواحد القائم مقامهما أعنى المتولى الطرفين وقول الورشكى انه معنى يحل المحل فيتغير به وزوجت وتزوجت آلة انعقاده اطلاق له على حكمه فان المعنى الذى يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور * الامر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر فى العلم الازلى على الوجه الاكمل والا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع * الامر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر وأما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى للنكاح * الامر الخامس شرطه الذى لا يخصه الاهلية بالعقل والبلوغ و ينبغى أن يراد فى الولى لا فى الزوج والزوجة ولا فى متولى العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع فصحته هنا أولى لانه محض سفير وأما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن أحد * الامر السادس ركنه وهو الجنس المقيد فى التعريف * الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا فخرج الوطء فى الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد فى أثناء الكتاب * الامر الثامن صفته فأما فى حال التوقان قال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن أو يخاف الوقوع فى الحرام وفى النهاية ان كان له خوف الوقوع فى الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز الا به كان فرضا اهـ ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به فى العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا والا فواجب هذا ما لم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله تعالى والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا أن النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين اهـ وينبغى تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله أعلم وفى البدائع قيد الافتراض فى التوقان بملك المهر والنفقة فان من تاقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض فى حالة التوقان وأما فى حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن وداعة الهلالى ألك زوجة يا عكاف قال لا قال ولا جارية قال لا قال وأنت صحيح موسر قال نعم والحمد لله قال فأنت اذا من اخوان الشياطين اما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم واما أن تكون منا فاصنع كما نصنع وان من سنتنا النكاح شراركم عزابكم وأراذل موتاكم عزابكم ويحك يا عكاف تزوج قال فقال عكاف يا رسول الله انى لا أتزوج حتى تزوجنى من شئت قال فقال صلى الله عليه وسلم فقد زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميرى رواه أبو يعلى فى مسنده من طريق بقية وقوله

للوجوب كما هو حقيقته أو لم يكن فان كان للوجوب ظهر رجحانه على النوافل لان الواجب راجح على النفل اجماعا وان لم يكن للوجوب يكون للسنة اذ الندب والاباحة انتفى بقوله عليه السلام النكاح من سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى والسنة راجحة على النفل اجماعا * فان قيل النكاح سنة عندى اذا تاقت نفسه اليهن * قلنا انه عليه السلام جعله سنة مطلقة لا مقيدة كما زعمت * فان قيل الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بكونه سيدا وحصورا وهو لا يأتى النساء مع القدرة فلو كان النكاح أفضل لما استحق المدح به * قلنا

صلى

صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا تكثروا فانى مكاثر بكم الامم يوم القيامة واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والاخير وتعليق الحكم بالعام لا ينفى كونه على الكفاية لان الوجوب فى الكفاية يتعلق على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا أن المقصود من الايجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم رواه أبو داود وهذا يحصل بفعل البعض وأما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق فى حقه وقيل واجب على الكفاية لما أن الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ما عرف فى الاصول وقيل مستحب وقيل انه سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من أطلق الاستحباب وكثيرا ما يتساهل فى اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعى رحمه الله أنه مباح وأن التجرد للعبادة أفضل منه وحقيقة أفضل ينفى كونه مباحا اذ لا فضل فى المباح والحق أنه ان اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد أفضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة عليه لان هذا معنى الحصور وحينئذ فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجه وبقوله صلى الله عليه وسلم أربع من سنن المرسلين الحناء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذى وقال حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم أربع من أعطيهن فقد أعطى خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا فى نفسها وماله رواه الطبرانى فى الكبير والاوسط واسناد أحدهما جيد له أن يقول فى الجواب لا أنكر الفضيلة مع حسن النية وانما أقول التخلى للعبادة أفضل فالاولى فى جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم فى نفسه ورده على من أراد من أمته التخلى للعبادة فانه صريح فى عين المتنازع فيه وهو ما فى الصحيحين أن نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قد سألوا أزواجه عن عمله فى السر فقال بعضهم لا أتزوج النساء وقال بعضهم لا آكل اللحم وقال بعضهم لا أنام على فراش فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وقال ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكنى أصلى وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى فرد هذا الحال رد مؤكدا حتى تبرأ منه وبالجملة فالافضلية فى الاتباع لا فيما يخيل للنفس أنه أفضل نظرا الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل يرضى لاشرف أنبيائه الا باشرف الاحوال وكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل أن يقرره على ترك الافضل مدة حياته وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان أفضل فى تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية فى ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبى صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضى الله عنهما تزوجوا فان خير هذه الامة أكثرها نساء ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل فى معاشرة أبناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن مؤنة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هى أيضا سببا لتأهيل غيرها وأمرها بالصلاة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف عن الجزم بانه أفضل من التخلى بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس فيه بل فى الاعتدال مع أداء الفرائض والسنن وذكرنا أنه اذا لم يقترن به نية كان مباحا عنده لان المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه وأقول بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه مع ما يعلمه من أنه قد يستلزم أثقالا

فى النص اشارة الى أن التخلى للعبادة والصبر عن النساء ممدوح ونحن لا نذمه لكنا نقول النكاح باقامة شروطه أفضل منه ويحتمل ان العزلة كانت أفضل من العشرة فى تلك الشريعة ثم نسخ فى شريعتنا وصارت العشرة خيرا من العزلة ولانه يشتمل على المصالح الدينية والدنيوية كحفظ النساء والقيام عليهن بالانفاق وصيانة نفسه عن الزنا وتكثير عباد الله وامة الرسول عليه السلام وتحقيق مباهاته وهو فرض عين عند أصحاب

(النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين

فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب و وعد العون من الله تعالى لاستحسان حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلاثة حق على الله عونهم المجاهد فى سبيل الله والمكاتب الذى يريد الاداء والناكح الذى يريد العفاف صححه الترمذى والحاكم أما اذا لم يتزوج المرأة الا لعزها أو مالها أو حسبها فهو ممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله الا دناءة ومن تزوج امرأة لم يرد بها الا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبرانى فى الاوسط وقال صلى الله عليه وسلم لا تتزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ولا تتزوجوهن لاموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين فلامة خرقاء سوداء ذات دين أفضل رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن زياد بن أنعم وعن معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال الا أنها لا تلد أفأتزوجها فنهاه ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم أتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم رواه أبو داود والنسائى والحاكم وصححه هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح فى المسجد لانه عبادة وكونه فى يوم الجمعة واختلفوا فى كراهة الزفاف والمختار أنه لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفى الترمذى عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلنوا هذا النكاح واجعلوه فى المساجد واضربوا عليه بالدفوف وفى البخارى عنها قالت زففنا امرأة الى رجل من الانصار فقال النبى صلى الله عليه وسلم يا عائشة أما يكون معهم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذى والنسائى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول) قدمنا أن النكاح فى عرف الفقهاء هو العقد وهذا بيان لان هذا العقد لم يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا لاحكامه فلفظ النكاح فى قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد أى ذلك العقد الخاص ينعقد حتى تتم حقيقته فى الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثانى جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان هما الايجاب والقبول فما قيل فى تعريف الايجاب انه اصدار الصيغة الصالحة لافادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور بل ان الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها أولا والقبول هى بقيد وقوعها ثانيا من أى جانب كان كل منهما فما ذكر فى الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الايجاب بأن قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح فى الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما يقدم هو الايجاب كما صرح به فى النهاية هنا وصرح الكل به فى البيع وكان الحامل على جعله الاصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالايجاب والقبول فأفاد أنهما لهما فكانا خلافهما والحق ما أعلمتك ووصلهما بدال أو بيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الايجاب والقبول فى العرف فيعمم المقيد فأبدل منه لتخرج الكتابة فلو كتبا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولى الطرفين أو ما يخص الحقيقة وليس هذا بحد بل اخبارات منسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى وينعقد بلفظين أحدهما مستقبل لانه توكيل والواحد يتولى طرفى النكاح فينعقد بكلام الواحد كما ينعقد بكلام الاثنين ولا اشكال فى شئ من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بأنهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على الغرض لان

الظواهر وفرض كفاية عند بعض أصحابنا كالجهاد لظاهر الاوامر الواردة فيه (قوله ينعقد بلفظين

يعبر

قال (النكاح ينعقد بالايجاب والقبول) قد ذكرت معنى الانعقاد فى كتاب البيوع

يعبر بهما عن الماضى) لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة

الحذف لدليل جائز فى كل لسان وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج فعن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسى فقال قبلت أو قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيرا ولا مفعول ولم يضفه الى الموكل نفذ عليه فى التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لابى الزوج دادم مرين ابن دختر را بهزار درم فقال أبو الزوج بذيرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب أضافه الى نفسه وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة زوجت بنتى من ابنك فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابنى يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن بيقين وقول القابل قبلت جواب له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابنى ونظير الاول فى البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بالف ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزم وكذا لو قالت المرأة بالفارسية خويشتن خريدم بعده وكابين فقال الزوج فروختم صح ولزم وان لم يقل منك (قوله يعبر بهما عن الماضى) مثل أنكحتك وزوجتك فيقول قبلت أو فعلت أو رضيت وفى الانعقاد بصرت لى وصرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره اذا اتصل به القبول ولو قالت عرستك نفسى فقبل ينعقد ثم بين أن الانعقاد به باعتبار أنه جعل انشاء شرعا فصار هو علة لمعناه فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت للانشاء شرعا تقرير الشرع ما كان فى اللغة وذلك لان العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اختيرت للانشاء لانها أدل على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى فى الوجود قبل الاخبار فافيد بها ما يلزم وجوده وجود اللفظ ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه فى قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذى الهمزة أتزوجك فقالت زوجت نفسى انعقد وفى المبدوء بالتاء نحو تزوجنى بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد واذا كان كذلك والنكاح مما لا تجرى فيه المساومة كان للتحقيق فى الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله فى غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال فى شرح الطحاوى لو قال هل أعطيتنيها فقال أعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسى بالفارسية ميدهى ليس بشئ على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم الفاعل فكذلك عن أبى حنيفة اذا قال جئتك خاطبا بنتك أو لتزوجنى ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا والانعقاد بقوله أنا متزوجك ينبغى أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء وقلنا ينعقد بلفظين وضع أحدهما للمستقبل يعنى الامر فلو قال زوجنى بنتك فقال زوجتك انعقد ومنه كونى امرأتى ينعقد اذا قبلت وفى النوازل قال زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بأنها نفسها ايجاب فيكون قائما بهما فى فتاوى قاضيخان قال ولفظة الامر فى النكاح ايجاب وكذا فى الطلاق اذا قالت طلقنى على ألف فطلق كان تاما وكذا فى الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لى بنفس فلان هذا أو بما عليه

يعبر بهما عن الماضى) لان النكاح انشاء تصرف والانشاء اثبات أمر لم يكن وهو يعرف بالشرع لانه لم يوضع بازائه لفظ خاص فيستعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضى فى الانشاء دفعا للحاجة وانما خص به لانه يستدعى سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا حكمة وعقلا فصار الوجود حقا له مقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذى يلازمه الوجود

على ما نبيأتى وقوله (يعبر بهما) أى يلفظ وبين لان التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون أى تبينون وانما اختير لفظ الماضى للانشاء وهو الكلام الذى ليس لنسبته خارج تطابقه أو لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان أدل على قضاء الحاجة

فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لى هذا العبد فقال وهبت فى مسائل أخرذ كرها وهذا أحسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس وجوابه بانه فى ضمن الامر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل فى المجلس والظاهر أنه لابد من اعتباره توكيلا والا بقى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب اذ جوابه ماذكره المصنف فى البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفى العقد فى النكاح فصح دون البيع وحينئذ فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل فلذا قيل المثال الصحيح أتزوجك بالف فتقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا أن شرط القبول فى النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعى رحمه الله وقد توهم ماذكر فى المنية قال زوجتك بنتى بالف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول وقيل لا أن فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه فيحكم به أولا فقوله نعم بعده لا يفيد بمفرده لان الفور شرط مطلقا والله سبحانه أعلم وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما فلو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لا يجوز وان كانا فى سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق فى البيع ان شاء الله تعالى *(فروع)* تزوج باسمها الذى تعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم فى صغرها وآخر فى كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتى فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال زوجتك بنتى فاطمة الكبرى قالوا يجب أن لا ينعقد على احداهما ولو قال زوجت بنتى (١) فلانة من ابنك فقبل وليس لهما الا ابن واحد وبنت صح وان كان لهما ابنتان أو ابنان لا الا أن يسميا البنت والابن ولو زوج غائبة وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفوها فلابد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها أما لو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة وأما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط فى الحاضرة كشف النقاب وسنذكر وجه عدمه فى الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال فى تسمية الزوج الغائب وفى التجنيس له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتى عائشة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فانه اذا لم يشر اليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم وفى النوازل قال أبو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضا الولى فلما كبرا اذ الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندى لان قوله زوجتك يستوى من الجانبين وفى صغيرين قال أبو أحدهما زوجت بنتى هذه من ابنك هذا وقبل الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية جاز لذلك أيضا وقال العتابى لا يجوز وفى المنية زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفى التجنيس رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا فانه نص فى الجامع الكبير أنه لو قال للمطلقة طلاقا بائنا أو ثلاثا ان راجعتك فعبدى حر تنصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها النكاح فينظر الى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسيأتى الكلام فى الرجعة بلفظ النكاح فى كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى ثم قال وذكر فى الاجناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا نكاح جائز وان لم يذكر المال فليس بنكاح الا أن يجتمعا أنه أراد بذلك نكاحا فكان نكاحا فتبين بهذا أن ماذكر فى الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال أو أقر أن الزوج أراد به النكاح اه وذكر فى فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والاجنبية ففى المبانة يكون نكاحا وفى الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التزوج بلفظ الرجعة فى نكاح المطلقة لا يستلزم صحته فى غيرها * رجل وامرأة أقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هى امرأتى وأنا

(وينعقد)

(١) قوله فلانة يظهر أن الصواب حذفها تأمل وحرر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى حفظه الله اه من هامش الاصل

(وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضى وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول زوجنى فيقول زوجتك) لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة) وقال الشافعى رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلا ولنا أن التمليك

زوجها أو قالت هو زوجى وأنا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو أقر لانسان بمال كذبا لا يصير ملكاله وكذا لو قالا أجزناه أو رضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسى زوجة لك فقبل ثم قال أعطيتك ألفا على أن تكونى امرأتى فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة منى بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد فى التجنيس كأنه لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد بالمضاف لو قال زوجتكها غدا فقبل لا يصح فعدم صحة المعلق أولى وفى فتاوى قاضيخان قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على أمر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابنى فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم أكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك وقبل أبو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من أحد صح النكاح لان التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجيز واذا أضاف النكاح الى نصفها مثلا فيه روايتان والاصح عدم الصحة كذا فى فتاوى قاضيخان وذكر فى المبسوط فى موضع جوازه كالطلاق (قوله وينعقد الخ) حاصل الالفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام قسم لا خلاف فى الانعقاد به فى المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب وقسم فيه خلاف فى المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدم الانعقاد وقسم لا خلاف فى عدم الانعقاد به والاوجه أن ترتب على هذا الترتيب ليلى كل قسم ما هو أقرب اليه وهكذا فعل المصنف الا فى لفظ الوصية (القسم الاول) ما سوى لفظى النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتى لك بألف خلافا للشافعى وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجرى فى الالفاظ اللغوية يجرى فى الالفاظ الشرعية بلا خلاف وانما الكلام فى تحقق طريقه هنا فنفاه الشافعى بناء على انتفاء ما يجوز التجوز أما اجمالا فلانه لو وجد لصح أن يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال أنكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسى أو بنتى مرادا به أنكحتك وليس فليس وأما تفصيلا فلان التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه تأكد به وان صح هذا الوجه عنه كان معترفا بأنه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من أنه العقد الا أن يعنى فيما تقدم أنه فى لسان الشرع بناء على النقل (ولنا أن التمليك) أى معناه

(قوله مثل أن يقول زوجنى) أى يقول الخاطب لولى المرأة زوجنى ابنتك أو للمرأة زوجينى نفسك فيقول زوجتك وهذا ليس بشطر الانعقاد بالماضى والمستقبل حقيقة لان قوله زوجنى توكيل فلا يكون شطر العقد ويكون قول الوكيل زوجت بمنزلة شطرى العقد لكن كون قوله زوجت بمنزلة شطرى العقد لا يتحقق الا بقوله زوجنى فلذلك مثل به ونظيره قول لرجل أتزوجك بكذا فقالت تزوجت أو فعلت (قوله لان التمليك ليس حقيقة فيه) أى فى النكاح لانه لو كانت حقيقة فيه لكانت موضوعة له ويفهم بها ما فهم به كالاسماء المترادفة وليس كذلك والمجاز لا يكون الا عشا كلة فى المعانى المختصة ولم يوجد اذ التزويج هو التلفيق والنكاح الضم وليس فيهما ما يدل على الملك وليس فى التمليك معنى التلفيق والضم ولهذا لو اشترى منكوحته يفسد النكاح ولو كان بينهما ملازمة لما فسد بذلك بل تأكد

وقوله (على ما نبينه) يعنى فى أول فصل الوكالة فى النكاح وقوله (وينعقد بلفظ النكاح) بيان ألفاظ ينعقد بها النكاح (وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج) لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما أن ينعقد به من حيث انه حقيقة أو من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثانى لعدم المناسبة بينهما (لان التزويج للتلفيق) يقال لفقت بين ثوبين ولفقت أحدهما بالآخر اذا لاءمت بينهما بالخياطة (والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلا) فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان (التمليك

سبب لملك المتعة فى محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز

الحقيقى (سبب لملك المتعة فى محلها بواسطة) كونه سبب (ملك الرقبة و) ملك المتعة فى محلها (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وأما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه فى الاصول من أنه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب شرعيته كالبيع للملك الرقبة وليس ملك المتعة الذى هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثانى بمنع أنه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة وقوله ولذا يفسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون أحدهما مالكا لكل الآخر وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما علكه عليه ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة على ما نبين ان شاء الله تعالى فى فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج وللشافعى أيضا أنه كما خص النكاح باشتراط الشهادة اظهارا لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج ولذا لم يرد غيرهما شرعا والجواب منعها بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى عطفا على المحللات فى قوله تعالى انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك والاصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها وقوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين يرجع الى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفى الحرج فان الحرج ليس فى ترك لفظ الى غيره خصوصا بالنسبة الى أفصح العرب بل فى لزوم المال وبقرينة وقوعه فى مقابلة المؤتى أجورهن فصار الحاصل أحللنا لك الازواج المؤتى مهورهن والتى وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهرا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين أما هم فقد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم من المهر وغيره وأبدى صدر الشريعة جواز كونه متعلقا بأحللنا قيدا فى احلال أزواجه له لافادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم وله أيضا أن الشهادة شرط فى النكاح والكناية لا بد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها قال فى شرح الكنز قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع أسد وكما اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة فانه ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال اهـ ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعى أمرين أحدهما انتفاء قرينة تدل على ارادة غير ذلك المعنى المجازى ولذا لو طلب الزنا من امرأة فقالت وهبت نفسى منك أو آجرت نفسى منك وقبل لا ينعقد والآخر وجود قرينة تفيد ارادة المعنى المجازى ولذا لو قال أبو البنت وهبت بنتى منك لتخدمك وقبل لا ينعقد هذا فى الحكم به أما فى جواز التجوز فقط فالشرط مع الاول الارادة لا قرينتها وذلك لان اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لان نسبته اليه كنسبته الى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس الا علاقة وضعه له أو ارادة ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع فى الاستعمال فيه فالارادة لازمة فى المحلين غير أن الحكم من السامع بارادة المتكلم المعنى الحقيقى لا يفتقر الى نصب قرينة تفيد ارادته بل يكفى عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجازه بخلاف حكمه بارادة ما لم يوضع له حيث يفتقر الى دليل ارادته فان لم يكن فلابد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به ولذا قال فى الدراية فى تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه أو لا يجيزه أن يقول آجرت بنتى ونوى به النكاح وأعلم به الشهود اهـ بخلاف ما اذا قال بعتك بنتى بحضرة الشهود فان عدم قبول المحل للمعنى الحقيقى وهو البيع للحرية توجب الحمل على المجازى فهو القرينة فيكتفى بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج الى قرينة زائدة فى البدائع لو قال لرجل

(قوله سبب لملك المتعة فى محلها) احترز به عن تمليك الغلمان والبهائم وغيرها فان تمليكها ليس بسبب لملك المتعة التى هى الوطء * ولنا ان الاتصال سبب يصحح الاستعارة كالاتصال معنى وقد تحقق الاتصال من حيث السببية اذ اللفظ الموضوع لملك الرقبة يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المتعة فى محلها والنكاح يوجب ملك المتعة فصحت الاستعارة لوجود الاتصال سببا ولان التمليك صالح لاثبات الملك وقد صدر من أهله مضافا الى

سبب لملك المتعة فى محلها) يعنى أن تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادفت محل المتعة لافضائه اليه (و) ملك المتعة (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وقيد بقوله فى محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح أفسده فكيف يثبت النكاح به وأجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لامحالة بل من حيث ابطال ضرب مالكية لها فى مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ لا منافاة بين ما يثبته و ينفيه فجازت الاستعارة

وينعقد

و ينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

وهبت أمتى منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا أو معجلا ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال يدل على النكاح فان نوى وصدقه الموهوب له فكذلك وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة اهـ والظاهر انه اذا لم يدل الحال فلابد مع النية من اعلام الشهود كما قدمناه لانه لابد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجع شمس الائمة الى التحقيق حيث قال ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط النية اذ عدم اللبس انما يصلح لتعليل دعوى ظهورها وفهمها وأما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بارادة المجازى نظرا الى تعذر الحقيقى وكونه متكلما واعيا وأما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم نعم قد يقال فى عقد الملجأ يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الالجاء قرينة تصرف عن ارادة المعنى المجازى اذ غرضه ليس الا التخلص وذلك باجراء اللفظ فقط أو مريدا حقيقته للتخلص وهى متعذرة اذ لا تصح هبة الحرة وبيعها والذى أقيم مقام المعنى فى قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله أعلم وأورد كيف ينعقد بالهبة وبه تقع الفرقة اذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط أبا أولا فهو مشترك الالزام اذ يلزم مثله فى التزوج فانه يقع به الفرقة اذا نوى بقوله تزوجى والحق أن الهبة فيها علاقة السببية للملك فتجوز بها غير أنه اذا أضاف الملك المتجوز عنه بالهبة اليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وان أضافه الى الرجل صح نكاحا فظهر أن اختلاف الموجب فى هذا اللفظ الواحد ليس الا لاختلاف الاضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك المغاير للملك الرقبة اذ لم يجئ الطلاق الا باعتبار استعارتها له (القسم الثانى) ما اختلفوا فى الانعقاد به والصحيح الصحة نحو بعت نفسى منك بكذا أو ابنتى أو اشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد (قوله هو الصحيح) احترازا عن قول أبى بكر الاعمش وقوله (لوجود طريق المجاز) تعليل للصحيح ووجهه ما قدمنا فى تقرير التمليك واختلف فى الانعقاد بلفظ السلم فقيل لا لان السلم فى الحيوان لا يصح وقيل ينعقد لانه ثبت به ملك الرقبة والمنقول عن أبى حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم فى الحيوان ينعقد حتى لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقى للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفى لفظ الصرف فى شرح الكنز فيه روايتان وفى البدائع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التى لا تتعين والمعقود عليه هنا يتعين وقيل ينعقد لانه يثبت به ملك العين فى الجملة وظاهر هذا أنهما قولان وكان منشأهما الروايتان وأما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه فى معنى الاعارة قيل الاول قياس قولهما والثانى قياس قول أبى يوسف بناء على ثبوت الملك به فى العين وعنده

محل قابل الملك فوجب أن يثبت لثبوت الملك واذا ثبت الملك ثبت الحل والازدواج ضرورة انه لا ينفك عنه وهذا لان المستوفى بالوطء مملوك بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا ولن يثبت الاختصاص والحجر الا بالملك فدل ان المحل قابل للملك شرعا * فان قيل انه ليس بمال اتفاقا وغير المال لا يقبل الملك ولان المنافع معدومة والمعدوم لا يقبل الملك على ان الملك لو ثبت فى النكاح لثبت تبعا للازدواج والانضمام وهنا لو ثبت الملك لثبت أصلا وهذا خلاف المشروع * قلنا غير المال قابل للملك كالملك للقصاص حتى جرى فيه الارث والاعتياض والمستوفى بالوطء فى حكم العين حتى كان التأبيد من شرطه كالبيع لا كالاجارة ولو كان الازدواج والانضمام أصلا والملك تبعا لما صح ايجاب العوض على الزوج لان ذلك مشترك بينهما * والدليل على ان الملك أصل ان الطلاق بيد الزوج لانه كالمالك وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما جعلا علما عليه والعلم يعمل وضعا لا بمعناه كالنص فى دلائل الشرع فلما ثبت الملك بهما وضعا مع انهما لا ينبئان عنه فلان يثبت بما ينبئ عنه أولى (قوله و ينعقد بلفظة البيع) بان

وقوله (و ينعقد بلفظ البيع) يعنى بان تقول المرأة بعتك نفسى أو قال أبوها بعتك ابنتى بكذا وكذا بلفظ الشراء بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم أشار اليه محمد فى كتاب الحدود وقوله (هو الصحيح احترازا عن قول أبى بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز

(ولا ينعقد بلفظ الاجارة) فى الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة (و) لا بلفظ (الاباحة والاحلال والاعارة) لما قلنا و) لا بلفظ (الوصية) لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

لا وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس أنه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسى فى كتاب الصلح ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز (القسم الثالث) لا ينعقد بالاجارة فى الصحيح احترازا عن قول الكرخى ووجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك ووجه الصحيح على ما ذكروا أنها لا تنعقد الا موقتة والنكاح يشترط فيه نفيه فتضادا فلا يستعار أحدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضادان هما العرضان اللذان لا يجتمعان فى محل واحد لزمكم مثله فى البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرط لاعتبارها شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير أنه اذا وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلاة هى القيام الخ ولو وجدت بلا طهارة لا تعتبر ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلاة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بذا الى نفى السببية التى هى العلاقة فان الاجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاعارة وهذا اذا جعلت المرأة مستأجرة أما اذا جعلت بدل الاجارة أو رأس مال السلم كان يقال استأجرت دارك بابنتى هذه أو أسلمتها اليك فى كر حنطة ينبغى أن لا يختلف فى جوازه فانه أضاف اليها بلفظ تملك به الرقاب قال المصنف رحمه الله (ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت) وعن الطحاوى ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة فى الجملة وعن الكرخى ان قيد الوصية بالحال بان قال أوصيت لك بابنتى هذه الآن ينعقد للحال لانه به صار مجازا عن التمليك اه و ينبغى أن لا يختلف فى صحته حينئذ والحاصل أنه اذا قيدت بالحال يصح او بما بعد الموت بان قال أوصيت لك بابنتى بعد موتى لم يكن نكاحا ولو قال أوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوى ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت بيان للواقع فيما نحن فيه والا فمجرد الاضافة يستقل بعدم الصحة لو قال زوجتكها غدا لم يصح وحاصل الوجه أن الاضافة مأخوذة فى مفهوم الوصية وعدمها فى النكاح فتضادا ولا يتجوز بلفظ أحد الضدين عن الآخر بخلاف الهبة ليس جزء مفهوم اللفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هى تمليك العين بلا بدل ثم هو يتأخر فيما اذا كان الموهوب ليس فى يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولذا لو كان فى يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ (القسم الرابع) لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المتعة فى كل منها فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاقالة والخلع لانهما لفسخ عقد ثابت *(فروع)* الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد و يجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثانى لو لقنت المرأة زوجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناها وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا فى الخلاصة ومثل هذا فى جانب الرجل اذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه فى جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير

قالت المرأة بعتك نفسى أو قال أب الابنة بعتك ابنتى بكذا وكذلك بلفظ الشراء بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم (قوله هو الصحيح) احترازا عن قول أبى بكر الاعمش فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال لان المال غير الآدمى خلق لمصلحة الآدمى * ولنا أن البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة فى محله فكان طريق المجاز موجودا فينعقد به ولا ينعقد بلفظ الاجارة لانه ليس بسبب لملك المتعة اذ هو موجب لملك المنفعة وبملك المنفعة لا يستفاد ملك المتعة * وعن الكرخى انه ينعقد به النكاح لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض فى النكاح أجرا بقوله فآتوهن أجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة * ولنا ان المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا موقتة وبينهما مغايرة على سبيل المنافاة فانى تصح الاستعارة (قوله ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة) لان هذه الالفاظ لا توجب ملك العين *

وقوله (ولا ينعقد بلفظ الاجارة فى الصحيح) احترازا عن قول الكرخى انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة فى الحقيقة وان جعل فى حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض أجرا فى قوله تعالى فآتوهن أجورهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح أن الاجارة لا تنعقد شرعا الا مؤقتة والنكاح لا ينعقد الا مؤبدة فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة فقال المصنف (لانه ليس بسبب لملك المتعة) لعدم افضائها اليه (ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا) يعنى قوله ليس بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال لا يوجب ملكا أصلا فان من أحل لغيره طعاما أو أباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح (ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت) ولو صرح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته

والنكاح والخلع فالثلاثة الاول واقعة فى الحكم ذكره فى عتاق الاصل فى باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغى أن يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه وأما فى الخلع اذا لقنت اختلعت نفسى منك بمهرى ونفقة عدتى فقالته ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ الخلع اختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضى و ينبغى أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت أن تبرئه وكذا المديون اذ لقن رب الدين لفظ الابراء لا يبرأ الثالث اذا سمى المهر مع الايجاب بان قال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا أقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية أو وجودها لانه ما أوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت فى النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلتزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع أنه لازم فيلزمه ما التزمه ولو قالت قبلت النكاح ولم تزد على ذلك صح النكاح بما سمى وقد يخالفه ما فى المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال أجيز النكاح ولا أجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما فى الجامع أمة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه الخبر فقال أجزت النكاح على خمسين دينارا أو رضى به الزوج جاز لان هذه مقر ونة برضا الزوج فهى ملحقة باجازته والحق ما أعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالف ما عن محمد الرابع ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته أن يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه أو تقول ان فلانا قد كتب الى يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح و باسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوجينى نفسك فانى رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوما فقال هذا كتابى الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز فى قول أبى حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبى يوسف ثم رجع وجوزه من غير شرط اعلام الشهود بما فيه وأصل الخلاف كتاب القاضى الى القاضى على ما سيأتى ان شاء الله تعالى قال فى المصفى هذا يعنى الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ التزوج اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجى نفسك منى لا يشترط اعلامها الشهود بما فى الكتاب لانها تتولى طرفى العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعد ما أشهدهم عليه من غير قراءته عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح وعنده تقبل و يقضى به أما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو أن تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا فى مبسوط شيخ الاسلام والكامل وأجمعوا فى الصك أن الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما فى الكتاب * واعلم أن ما نقله من نفى الخلاف فى صورة الامر لا شبهة فيه على قول المصنف والمحققين أما على قول من جعل لفظ الامر ايجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار اعلامها اياهم بما فى الكتاب وانه ان لم يعلمهم الكاتب بما فى الكتاب تكون من صور الخلاف وعلى هذا ما صدرنا به المسئلة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل اذا أجابت

أما الاعارة فلانها لتمليك المنافع أولا باحتها * وأما الآخران فلانهما لا يوجبان ملكا فان من أحل أو أباح لغيره طعاما فانه يتلفه على ملك المبيح ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت * ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى ما بعد الموت لا يصح كذا هذا * فان قيل الهبة أيضا لا توجب الملك ما لم ينضم اليها القبض * قلنا الهبة أيضا لا توجب اضافة الملك ولكن لضعف فى السبب لتعريه عن العوض يتأخر الملك الى أن يتقوى بالقبض و ينعدم ذلك الضعف اذا استعمل فى النكاح لان العوض يجب به نفسه مع ان المملوك بالنكاح بنفس العقد لا يصير كالمقبوض ولهذا لو ماتت عقيب العقد تقرر البدل فكان هذا

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف) اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية

وسمع الشهود كلامهما وسنفصله ان شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال أتزوجك على أن تعطيني عبدك فاجابته بالنكاح انعقد موجبا لمهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فلانة فقيل فجاء فلان لا ينعقد وكذا تعليق الرجعة اذ كل منهما الزام والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق أو التزام كالنذر الا التعليق بالمشيئة اذا أبطل من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها اذا قال تزوجتك ان شئت أو ان شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز لان المشيئة اذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قالوا في السلم اذا أبطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة أما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة اه وهذا ناظر الى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر وما من جانب الرجل ايجاب تقدم أو تأخر وقد قدمنا قريبا أن الحق أن الاول ايجاب من أي جهة كان والثاني قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل كما لو قال تزوجتك على أني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي أبي لا يجوز بخلاف من خطبت اليه ابنته فقال زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لان هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق كذا أجاب بعض المشايخ وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر ان شاء الله تعالى التاسع اذا وصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح كامرأة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد لان أول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يغير أوله وهنا كذلك فان بمجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك الى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله العاشر ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه أبو داود وجعل العتق بدل الرجعة وكذا ينعقد من المكره (قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور الخ) احتراز عن غير المسلمين اذ سيأتي أن أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة اذا كانوا يدينون بذلك وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي على السغدي ونقل عن أبواب الامان من السير الكبير أنه يجوز وان لم يسمعوا وعلى هذا جوزوه بالاصمين والنائمين والصحيح اشتراط السماع لانه المقصود من الحضور وسيأتي تمامه أما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود قال المصنف (وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد) وظاهره أنه حجة عليه في الامرين اشتراط الاعلان وعدم

بمنزلة عين في يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه كذا في المبسوط (قوله لقوله عليه السلام لا نكاح الا بالشهود) فان قيل كيف جاز تخصيص عموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم وغيره من الآي بخبر الواحد * قلنا ذكر فخر الاسلام في المبسوط هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة بمثله على كتاب الله تعالى ولان ذلك عام خص منه مواضع المحرمات فيجوز تخصيصه حينئذ بخبر الواحد وهو حجة على مالك وكذلك على ابن أبي ليلى وعثمان البتي فانهم يقولون الشهود ليسوا بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح ولو أمر الشاهدين بان لا يظهرا

فيها

قوله (ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول) أما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود واعترض بانه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره من الآيات به وأجاب الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله (وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة) حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو أمر الشاهدين أن لا يظهرا العقد لم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب ان الاعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة وأما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له

(قوله وأجاب الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور الخ) أقول فيه بحث (قوله ولو أمر الشاهدين أن لا يظهرا العقد لم يصح) أقول يعني عنده

فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في أنكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى

اشتراط الاشهاد لكن المقصود أنه حجة في أصل المسئلة وهو اشتراط الاشهاد وانما زاد ذكر الاعلان تتميما لنقل مذهبه ونفي اشتراط الشهادة قول ابن أبي ليلى وعثمان البتي وأبي ثور وأصحاب الظواهر قيل وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود رواه الدارقطني وروى الترمذي من حديث ابن عباس البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير شهود ولم يرفعه غير عبد الاعلى في التفسير ووقفه في الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له قال ابن حبان لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الاسلام ان حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به أعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الايراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب أو تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر وهو أنه خص منه المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل الى النص في قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم فالجواب بان الآخر مخصوص بالمشركة ونحوها * واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين في الشهادة على ما ذكرنا وفي الاعلان واستدلوا لمالك في اثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم أعلنوا بالنكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبالمعقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سرا فضده يكون جهرا لتنتفي التهمة والذي يظهر أن هذا نصب في غير محل النزاع يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دلائل الاعلان وادعاء العمل بها باشتراط الاشهاد اذ به يحصل الاعلان وكلام المبسوط حيث قال ولان الشرط لما كان الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخي نكاح السر ما لم يحضره شهود فاذا حضروا فقد أعلن قال

وسرك ما كان عند امرئ * وسر الثلاثة غير الخفي

صريح فيما ذكرناه فالتحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك في أن الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان اذ لا يضر بعد الاعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الاشهاد حتى يضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو أعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد وعنده يصح فالحاصل أن شرط الاشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر فكل اشهاد اعلان ولا ينعكس كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد (قوله لعدم الولاية) يعني القاصرة وهي ولايته على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لان تلك يحتاج اليها الاداء وهذا تعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وان لم يكن من شرط هذه الشهادة الاداء فاذا لم يكن له ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة ولذا جازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى

العقد لا يصح لانه عقد فلا نشترط لصحته الشهود كسائر العقود * وانما شرط الاعلان لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف (قوله لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية) أي لعدم ولايته على نفسه (قوله ولا تشترط العدالة خلافا للشافعي رحمه الله) هو يتمسك بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (قوله ولانه صلح مقلدا) أي انه مع فسقه أهل للامامة والسلطنة فان الائمة بعد الخلفاء الاربعة لم يخلوا من الفسق فالقول بالخروج عن الامامة بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلا للامامة

(لعدم الولاية) والشهادة من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال وأجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا وانما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ (لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام) قال المصنف (لانه لا شهادة للكافر على المسلم) يعني أنه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر أنه ليس المراد به الاداء حتى تكون الولاية شرطا والجواب أنا قد ذكرنا أن الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت تعظيما ولا تعظيم شيء بسبب حضوره للكفار (ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعي) ووعد المصنف بيان ذلك في الشهادات ونحن نابعناه في

(قوله والجواب الى قوله انما كانت تعظيما) أقول فيه بحث

ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعى رحمه الله له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الاهانة ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهـل الشهادة

الاداء لحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن كان العقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم تكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا ومذهب أحمد جواز شهادة العبد مطلقا واستبعد نفيها الا أنه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع فى نفيها وحكى عن أنس أنه قال ما علمت أحدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيامة فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبى صلى الله عليه وسلم فى رواية الاخبار والذى ذكر من المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فانه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر فى اخباره بما شاهده بعد كونه عدلا تقيا وبين كونه غير مالك المنافع ولا شرعا لم لا يجوز أن يبتلى عبد من عباد الله بالرق ويقبل اخباره كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه ولذا جاز بعدوى الزوجين ولا أداء لهما وغاية ما يلزم فيه أنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا ولم يصح له التصرف المحقق بالجمادات فى حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور وأما ما ذكره فى المبسوط حيث قال ولان النكاح يعقد فى محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون فى محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلا حضور وحاصله أن اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر فى احضار مجرد العبيد والصبيان وكذا أهل الذمة فى أنكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فشمل هذا الوجه نفى شهادة الكل وعلى اعتباره الأولى أن ينفى شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الذى أدين الله به (قوله ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعى له أن الشهادة من باب الكرامة) حقيقته الرجوع الى الوجه الاول القائل بانها شرطت لاظهار الخطر وهو معنى التكرمة (والفاسق من أهـل الاهانة) فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد باحضاره عارضه المصنف بقوله (ولنا أنه) أى الفاسق (من أهـل الولاية فيكون من أهل الشهادة) تحليله من شرطية وضع فيها المقدم أسهل من تحليله من اقترانى كما سلكه بعض الشارحين فأطال أى لما كان من أهل الولاية كان من أهل الشـهادة فهذه دعوى ملازمة شرعيـة وقوله وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمـة أخرى لبيان الملازمـة الاولى فى حيز المنع كالاولى فعللها بقوله لانه من جنسه أى لان الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيـد من اللفظ وحاصـل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحـد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق به من خطابات الاحكام ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية على نفسـه علم أنه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لاهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا أن ثبوتها على غيره لا يتحقق الا برضاه وذلك بتوليته عليه واذا استشهده فقد استولاه ورضى به فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما صح منه سماعه لاحد شطرى ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فتجوز شهادته فيه أى سماعه أما الاداء فتوقف على فعل غيره وهو اجازة القاضى وأنت اذا تاملت هذا الوجه ظهر لك أنه

ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعى هو يقول (الشهادة من الكرامة) لان فى اعتبار قوله فى نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة (والفاسق من أهـل الاهانة) لجريمته ودليله يتم بأن يقول والفاسق ليس من أهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو أعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة (ولنا أن الفاسق من أهل الولاية) على نفسه لان له أن يزوج نفسه وعبده وأمته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل من هو من أهل الولاية فهو من أهـل الشـهادة لان الشـهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة ولا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية

كونه أهـلا للقضاء لان تقلد القضاء انما يكون من الامام ومن ضرورة كونه أهلا للقضاء كونه أهـلا للشهادة لان القاضى لا بد أن يكون أهلا للشهادة * وقيد بالعدالة فى هـذا الحديث وأطلق فيما روينا أولا فيعمل بالمطلق والمقيد ولا نحمله على المقيـد لما عرف ولانه نكر العـدالة فى موضع الاثبات فيقتضى عـدالة ما وذا من حيث الاعتقاد وهـذا لان العدالة ضد الظلم والشرك ظلم عظيم لقوله تعالى ان الشرك لظلم عظيم فكان الايمان عدلا فاستقامت الاضافة اليه أو نقول المراد بشاهدى عدل قائلى كلمة عدل وهى كلمة التوحيد * وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفسق لا ينقص من ايمانه عنـدنا لانه لا يزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لا من نفسـه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعـة وينقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بالفسق كنقصان الحال بالرق والصغر

(قوله ولنا أن الفاسق الى قوله ويقر بما يتعلق بنفسه من القتـل وغيره) أقول فيه بحث

على نفسه كان من أهل الشهادة لانها متعدية الى غيره أجاب بقوله (وهذا) اشارة الى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية يعنى (لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرم على غيره لانه من جنسه) كما أن أهل الذمة لهم ولاية على أنفسهم فلهم الولاية على غيرهم من أهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لا يخرج المرء من أهلية الشـهادة على الاداء وفيه الالزام فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا الزام فيه أولى (ولانه صلح مقلدا) كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين قلما يخلو واحد منهم (١١٣) عن فسق (فيصلح مقلدا) أى قاضيا (فكذا شاهـدا) لان الشـهادة والقضاء من باب واحد وفى عبارته تسامح لانه يفهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبـة على أهلية القضاء وقـد ذكر فى كتاب أدب القاضى أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة ولو قال بالواو كان أحسن لا يقال يجـوز أن يكون مرتبا عـلى مقلدا بكسر اللام لان أهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب أن معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هى أعم ضررا فلأن لا يمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصه أولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف الصحة ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيـه وكانت الولاية قاصرة لكان أسهل تأتيا وينعـقد بحضـور المحدود فى القذف لانه (من أهـل الولاية) على ما مر (فيكون من أهل الشهادة تحـملا) لا أداء فان قلت النكتة المـذكورة فى

وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحـدود فى القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهى لجريمته فلا يبالى بفواته كما فى شـهادة العميان وابنى العاقدين قال (وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز)

لم يرد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهـدا فتثبت شهادته لعـدم النافى والوجه السابق من اشتراط الشـهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليـه ينفيه لان مجرد احضار الفاسق ليس بتكرمة والحق أن هـذا الوجه انما ينفى ما ذكرناه من احضار الفساق حال سكرهـم على ما فرعوا من أنه اذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلامهم العاقدين جاز وان كانوا بحيث ينسونه اذا صحوا وهو الذى دنا به آنفا أما من كان فى نفسه فاسقا وله مروءة وحشمة فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق لا فى حال فسـقهم والله أعلم (قوله ولانه صلح مقلدا) بكسر اللام المشـددة وجه ثان ذكره المصنف فى صحة شهادة الفاسق فى النكاح وهو أنه صلح مقلدا أى سلطانا وخليفة (فيصلح مقلدا) بفتح اللام أى قاضيا (وكذا شاهدا) بالواو وفى نسخ وبالفاء فى نسخ فعلى الاول هى ملازمة واحدة حاصلها أنه لما صلح للولاية الكبرى التى هى أعـم ضررا ونفعا صلح للصغرى التى هى الاقل وهى القضاء والشـهادة بطريق أولى بيان الاستثنائية المقـدرة المسـتغنى عن اظهارها بلفظة لما فانها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غـير الاربعـة السابقين ومن تبعهم باحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا من فسق مع عدم انكار السلف ولا يتهـم وتصحيح تقليـدهم القضاء وغيره وعلى الثانى ملازمتان بين صـلاحية الكبرى وصلاحيـة القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والاول سبب للثانى فى كل منهما فاعترض بانه ذكر فى أدب القاضى أن الامر بالعكس حيث قال لا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشـهادة وأجيب بان قوله فكذا شاهدا عطف على مقلدا بكسر اللام وان تخلل معطوف غيره كعمر ومن قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر ومسببيته عنه ظاهرة ولا مناقضة حينئذ وفيه نظر اذ العطف بالفاء يقتضى ترتب كل على ما قبله كما فى جاء زيد فعمرو فبكر * (فرع) * فى فتاوى النسفى للقاضى أن يبعث الى شفعوى ليبطل العقد اذا كان بشهادة الفاسق وللحنفى أن يفعل ذلك على ما نبين فى كتاب القضاء ان شاء الله تعالى وكذا لو كان بغير ولى فطلقها ثلاثا فبعث الى شافعى يزوجها منه بغير محلل ثم يقضى بالصحة وبطلان النكاح الاول يجوز اذا لم يأخذ القاضى الكاتب ولا المكتوب اليه شيئا ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا خبث فى الولد كذا فى الخلاصة ثم قال قال الامام ظهير الدين المرغينانى لا يجوز الرجوع الى شافعى المذهب الا فى اليمين

(قوله وانما الفائت ثمـرة الاداء بالنهـى) وهو قوله تعالى ولا تقبلوا لهـم شهادة أبدا والنهـى عن قبول الشئ يقتضى تحقق ذلك الشئ (قوله ولا يبالى بفواته) أى بفوات الاداء كما فى شهادة العميان أى ينعقد النكاح بشهادة العميان وان لم يقبـل أداؤهم وكذا يصلح ابن العاقد وأبوه شاهدا فى انعقاد النكاح ولا يصلح للاداء عند القاضى

الفاسق أولا تقتضى أن يكون للمحدود فى القذف شهادة متعدية ولم تكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله (وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهى لجريمته فلا يبالى بفواته كما فى شهادة العميان) معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود فى قذف بعدما كان من أهل الولاية كالفاسق ويجوز أن يكون جوابا عن السؤال الذى ذكرته آنفا والطريق الذى ذكرته فى الفاسق أسـهل مأخذا قال (وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

(قال المصنف وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز

لان السماع) أى سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول (فى النكاح شهادة) وهذ ظاهر لانالانريد من الشهادة على النكاح الا ذلك (ولاشهادة للكافر على المسلم) وهذا بالاتفاق (فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما أن الشهادة شرطت فى النكاح على اعتبار اثبات الملك) وتركيب الحجة هكذا الشهادة فى النكاح شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكل ماشرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة فى النكاح شهادة عليها وبين المصنف المقدمة الاولى بقوله (لوروده على محل ذى خطر) وتقريره أن الشهادة فى

النكاح حال الانعقاد اما أن تكون لاثبات ملك المتعة عليها بانة لخطار المحل أو لاثبات ملك المهر عليه والثانى منتف لان المهر مال ولايجب الاشهاد على لزوم المال أصلا وأما المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء أنه لاشئ يشترط فى اثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولى ليس بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة

لان السماع فى النكاح شهادة ولاشهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم) أقول وكان الظاهر أن يستدلا على مطلوبهما بأن يقال لو جازت هذه الشهادة لجازت شهادة الكافر على المسلم والتالى باطل الا أنهما عدلا عنه (قال المصنف والشهادة شرطت على العقد) أقول يعنى على اعتبار اثبات الملك عليها بسبب هذا العقد فلا يخالف هذا الكلام لقوله ان الشهادة شرطت فى النكاح الخ فليتأمل

لان السماع فى النكاح شهادة ولاشهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما أن الشهادة شرطت فى النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذى خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لاشهادة تشترط فى لزوم المال وهما شاهدان عليها

المضافة أما لو فعلوا فقضى ينفذ (قوله لان السماع فى النكاح شهادة ولاشهادة للكافر على المسلم) ينتج لاسماع للكافر على المسلم لكنه عدل فى النتيجة الى التشبيه فقال فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لان مراده من النتيجة نفى السماع المعتبر لانفى حقيقته واذا انتفى الاعتبار صار وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه على ماهو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس منعكسة كنفسها فى خصوص هذه المادة لان المطلوب نفى الشهادة لنفى السماع المعتبر فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدورى وقدمنا أن من قال به السغدى والاسبيجابى لم يتم ونص القدورى وغيره على اشتراط السماع ولانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ماهو الاصح وعن اشتراط السماع ماقدمناه فى التزوج بالكتابة من أنه لابد من سماع الشهود مافى الكتاب المشتمل على الخطبة بان تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول ان فلانا كتب الى يخطبنى ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها أما لو لم تزد على الثانى لايصح على ماقدمناه فى الفروع ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص فى فتاوى قاضيخان عليه اذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معا كلامهما مع الفهم أما الاول فذكر فى روضة العلماء أنه الاصح قال وبه أخذ عامة العلماء اه اذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد وعن أبى يوسف ان اتحد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعنه لابد من سماعهما معا وأما الثانى فعن محمد لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز وعنه ان أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز والا فلا وحكى فى فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز (قوله ولهما أن الشهادة شرطت فى النكاح على اعتبار اثبات الملك) أى ملكه عليها (لوروده على محل ذى خطر) وهو بضع أنثى ليست مملوكة له محالة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلائل النعم وهو معنى مناسب لاشتراط احضار السامعين العقلاء اظهار التعظيم هذا العقد ليقع فى محفل من المحافل وقد ظهر أثر ذلك بايجاب المال عليه دونها مع أن ملك المتعة مشترك فعلم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منهما التمتع بكل والا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه اذ لاشهادة تشترط فى لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع فى موضع ولا على اعتبار ملكهما الازدواج المشترك لانه ثبت تبعا لملك البضع ولاتشترط للتوابع والا وجب الاشهاد على شراء الامة للوطء فان ملكه من توابع ملك رقبتها واذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهى ذمية فيجوز بذميين فانه اظهار خطر بالنسبة اليها شرعا وهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته حتى لو أسلما بقى على الصحة

(قوله ولهما ان الشهادة شرطت) يريد به ان الشهادة انما شرطت فى باب النكاح اظهارا لخطر المحل الذى ورد عليه النكاح لان ورود ملك النكاح على الحرة وصيرورتها مصبا لفضلة مستقذرة يشعر برقها وهوانها فشرطت الشهادة لورود الملك عليها تضييقا لطريق الوصول اليها ازالة لهوانها وأما الثابت

(قوله وتركيب الحجة هكذا الشهادة فى النكاح شرطت الخ) أقول ينبغى أن يصور تركيب الحجة هكذا الشهادة فى النكاح شهادة شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكل شهادة شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها (قوله وأما المقدمة الثانية الخ) أقول فيه بحث فان حصر شرط اثبات ملك المتعة عليها فى الشهادة مما لاتمس الحاجة اليه أصلا وليس ذلك مدلول المقدمة الثانية لاصريحا ولا التزاما ويكفى فى اثبات المطلوب كون الشهادة من شرائطه كما لايخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة

بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد قال

(بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج) لان الشهادة اشترطت فى العقد لذلك المعنى والعقد يقوم بهما فلابد من سماعهما هذا وتقبل شهادتهما عليها اذا أنكرت لاعليه اذا أنكر وعند محمد لاتقبل الا أن يقولا كان معنا مسلمان وعنده لاتقبل مطلقا الا أنهما فعل المسلم ولايثبت بشهادتهما ولو أسلما ثم أديا تقبل على كل حال عندهما لان سماعهما كلام المسلم معتبر وامتناع الاداء للكفر وعند محمد لاتقبل لعدم صحة العقد الا اذا قالا كان معنا مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبلا عليها فقط أو ابنيه فعليه فقط أو ابنيهما فلا يقبلان على واحد منهما كما لو كانا أعميين أو أخرسين بعين حيث يصح العقد بهما ولا أداء لهما لعدم البصر والتكلم والعدوان على التفصيل فعدواه يقبلان عليها لاعليه وعدواها يقبلان عليه لاعليها وعدواهما لايقبلان مطلقا أما لانعقاد فيثبت بشهادة الاولاد والاعداء كيف كانوا وأما الاخوان بان يزوج الاب ابنته بشهادة ابنيه فأنكر الزوج وادعاه الاب والبنت كبيرة أو المرأة فشهدا لاتقبل ولو كان الزوج هو المدعى والمرأة منكرة أو الاب قبلت هذا قول أبى يوسف وعند محمد تقبل وان كان المدعى الاب أو المرأة أيضا والاصل أن كل شئ يدعيه الاب فشهادتهما فيه باطلة وان لم يكن فيه منفعة له لشبهة الابوة عند أبى يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه وقال محمد كل شئ للاب فيه منفعة جحدا وادعاء فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شئ وليه مما يكون خصما فيه كالبيع ونظائره ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة ولو كانت البنت صغيرة لاتقبل اتفاقا لانها للاب قال الحاكم أبو الفضل فى تفسيره يريد أن الشهادة تبطل فى حال ادعائه من طريق التهمة وكذا فى حال جحوده لوقوعها لغير خصم يدعى اه وفسر فى المبسوط جحوده بان المراد عند جحوده ان كان الآخر جاحدا أيضا لاتقبل لعدم الدعوى فأما اذا كان الآخر مدعيا فمقبولة وان كان للاب منفعة فيها كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوى مائة بالف والمشترى يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة للاب فلا تمنع من قبول شهادتهما وكذلك اذا قال لعبده ان كلمك فلان فأنت حر فشهد ابنا فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد سواء كان الاب جاحدا أو مدعيا وعند أبى يوسف لاتجوز الا أن يكون جاحدا ولو زوج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليها بالرضا وهى تنكر لاتقبل لان الشهادة على فعل نفسه مطلقا لاتقبل سواء كان مما هو فيه خصم أولا *(فرعان)* لو أقرا بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه والاصح أنهما ان سميا المهر ينعقد نكاحا مبتدأ كذا فى الدراية وقدمنا أنهما اذا أقرا به ولم يكن بينهما نكاح لاينعقد الا ان قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم فينعقد لان النكاح ينعقد بالهزل قال قاضيخان وينبغى أن يكون الجواب على التفصيل ان أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لايكون نكاحا وان أقرت أنه زوجها وهو أنها امرأته يكون نكاحا ويتضمن اقرارهما الانشاء بخلاف اقرارهما بماض لانه كذب كما قال أبو حنيفة اذا قال لامرأته استلى امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لانى طلقتك ولو قال لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لايقع لانه كذب محض اه يعنى اذا لم يقل الشهود جعلتما هذا نكاحا والحق هذا التفصيل وفى الفتاوى بعث أقواما للخطبة فزوجها الاب بحضرتهم قيل لايصح وان قبل عن الزوج انسان واحد لانه نكاح بغير شهود لان القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا لان المتعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لايصير شاهدا وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لانه لاضرورة فى جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم خاطبا فقط والباقى شهود

فى جانب الزوج بالعقد وجوب المهر فى ذمته ولاتشترط الشهادة فى وجوب المال وهذا بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان ورود الملك عليها انما يكون بالعقد وانه ينعقد بكلاميهما فيشترط سماع كلاميهما

وقوله (بخلاف ما اذا لم يسمعا) جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره أن الشهادة فى النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا

كلام المسلم لم يشهدا على العقد (ومن أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها) بحضرة رجل واحد فلا يخلو اما أن يكون الاب حاضرا أو غائبا فان كان حاضرا (جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل) شاهدا لان المجلس متحد فجاز أن يكون العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح (سفيرا ومعبرا وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا) مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب يصلح أن يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المامور الى الآمر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخيرة وهي ما (اذا زوج ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز) بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها (وان كانت غائبة لم يجز) لان الشيء انما يقدر أن لو تصور تحقيقا وأقول (١١٦) أرى أنه لافرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح أن يكون شاهدا في نكاح أمره به لان الوكيل سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز أن يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة أيضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل رجلا أن يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل واحد والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز وأجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى تنتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه لان العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرا لما قلنا ان الشيء انما يقدر أن لو تصور تحقيقا

(ومن أمر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا (وان كان الاب غائبا لم يجز) لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز والله أعلم

(قوله ومن أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح) وكذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضورها مع واحد وامرأتين أو وكيل المرأة بحضورها مع امرأتين جاز النكاح ثم انما تقبل شهادة المزوج اذا لم يقل أنا زوجتها بل يقول هذه زوجة هذا وانما صح بحضور الواحد لان الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل فاذا كان من يعبر عنه حاضرا والفرض أن العبارة تنتقل اليه كان مباشرا لان العبادة تنتقل اليه وهو في المجلس وليس المباشر سوى هذا بخلاف ما اذا كان غائبا لان انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرا لانه مأخوذ في مفهومه الحضور ضرورة فيقتصر أثره على عدم رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى مفيد الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا التوجيه أن انزاله مباشرا مع حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة الى اعتباره فاندفع ما أورد من أنه تكلف غير محتاج اليه فان الاب يصلح شاهدا فلا حاجة الى اعتباره مباشرا الا في المسئلة الاخيرة في الكتاب وهي ما اذا زوج الاب بنته البالغة بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فانزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو أذن السيد لعبده أو أمته في التزوج فعقدا بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز لا انتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده باهليتهما لا بطريق النيابة ومما ذكر في مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر لان مباشرة السيد ليس فكا

(قوله يجعل مباشرا لاتحاد المجلس وانما احتيج الى نقل كلام المباشر الى الاب مع ان الاب يصلح شاهدا في النكاح لان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فاذا كان الاب حاضرا فهذا العقد من الوكيل صورة ومن الاب معنى من حيث ان الحقوق ترجع الى الموكل فكان الاب مزوجا معنى والوكيل مزوج حقيقة فينتقل هذا العقد الى الاب من حيث الصورة أيضا فيصير الاب مزوجا من كل وجه فيبقى الوكيل شاهدا والشيء انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة والاب اذا كان في المجلس أمكن أن يجعل مزوجا حقيقة فامكن أن يجعل مزوجا تقديرا واذا كان غائبا لا يمكن أن يجعل مزوجا من كل وجه لان العقد انما يصح بالايجاب

(قال المصنف لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس الى قوله لان المجلس مختلف) أقول فيه بحث اذ الاظهر أن يقول بدل قوله لاتحاد المجلس لحضوره في المجلس وبدل قوله لان المجلس مختلف لعدم حضوره في المجلس (قوله لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا الخ) أقول فيه بحث (قوله وأقول أرى أنه لافرق الى قوله لان الاب اذا كان حاضرا الخ) أقول يؤيد كلام صاحب النهاية ما سيجيء في الهداية في باب المهر من أن الولي في تزويج الصغيرة سفير ومعبر لا عاقد مباشر فراجعه (قوله لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه لان العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل الخ) أقول هذا الكلام جار في المسئلة السابقة أيضا

(فصل في بيان المحرمات) لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج الى ذكرها في فصل على حدة وأسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة أنواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح أو عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلاث وكل ذلك مذكور في الكتاب (لا يحل (١١٧) للرجل أن يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم) ودلالته على حرمة الام ظاهرة وأما على حرمة الجدة فباعتبار أن الام في اللغة هي الاصل كما يقال لمكة أم القرى فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز

(فصل في بيان المحرمات) قال (لا يحل للرجل أن يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم والجدات أمهات

للمعبر عنهما في التزوج مطلقا والاصح في مسئلة وكيله ولذا خالف في صحتها المرغيناني قال وقال أستاذي فيهما روايتان أي في وكيل السيد والسيد *(فروع)* اذا جحد أحد الزوجين النكاح فاما أصله أو شرطه ففي أصله لو جحد الزوج فاقامت بينة به أو على اقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا ألا ترى أن الطلاق ينقص العدد وبارتفاع أصل النكاح لا نقص وأما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما لاقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف انكاره أصل النكاح لان القاضي كذبه بالحجة في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا وهنا ما كذبه في زعمه بحجة ولكن رجح قولها المعنى هو أن الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الاصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة أو مجوسية ثم أسلمت أو وأختها عندي أو ولها زوج أو أمة بلا اذن لان هذه الموانع كلها في محل العقد والمحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في صغره بمباشرته لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ فان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضا بذلك النكاح وبعد البلوغ لو أجاز العقد الذي عقده قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القائلة تزوجني وأنا معتدة وما بعدها الى آخر الصور التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة والله سبحانه أعلم شهد شاهد أنه تزوجها أمس وآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا فمن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول ولان كل شاهد بعقد حضره واحد والله أعلم
(فصل في بيان المحرمات) المحلية الشرعية من شرائط النكاح وانما افرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا باسباب * الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بناته وبنات أولاده وان سفلن وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وان علون وفروع أبويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات أولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع أجداده وجداته لبطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال الثاني المصاهرة يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وأمهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان علون وان لم يدخل بالزوجات وتحرم موطوآت آبائه وأجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وتحرم موطوآت أبنائه وأبناء أولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح * الثالث الرضاع

والقبول في مجلس واحد ولو نقل اليه وهو غائب لوقع الايجاب في المجلس والقبول في مجلس آخر وذلك يبطل العقد والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل في بيان المحرمات)*

(فصل في بيان المحرمات) (قال المصنف لقوله تعالى حرمت عليكم) أقول قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفورا رحيما والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ان الله كان عليما حكيما الآية قال القاضي في تفسير قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ما سوى المحرمات الثمان المذكورة وخص عنه بالسنة ما في معنى المذكورات كسائر محرمات الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها اه (قوله وأسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة أنواع الى قوله والجمع الخ) أقول فيه أن الجمع حرام كما يدل عليه نظم القرآن لا أنه سبب للحرمة (قوله وملك اليمين) أقول فيه بحث

اذ الام هى الاصل لغة أو ثبتت حرمتهن بالاجماع قال (ولا ببنته) لما تلونا (ولا ببنت ولده وان سفلت) للاجماع (ولا باخته ولا ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته) لان حرمتهن منصوص عليها فى هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال (ولا بام امرأته التى دخل بها أو لم يدخل) لقوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد الدخول (ولا ببنت امرأته التى دخل بها) لثبوت قيد الدخول بالنص

يحرم كالنسب وسيأتى تفصيله فى كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى * الرابع الجمع بين المحارم أو الاجنبيات كالامة مع الحرة السابقة عليها * الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب * السادس عدم الدين السماوى كالمجوسية والمشركة * السابع التنافى كنكاح السيد أمته والسيدة عبدها (قوله اذ الام هى الاصل لغة) قال الله تعالى وعنده أم الكتاب وسميت مكة أم القرى لان الارض دحيت من تحتها والخمر أم الخبائث فعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكك (قوله أو ثبتت حرمتهن بالاجماع) أى ان لم يكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق أن الام مرادبها الاصل على كل حال لانه ان استعمل فيه حقيقة فظاهر والافيجب أن يحكم بارادته مجازا فتدخل الجدات فى عموم المجاز والعرف لارادة ذلك فى النص الاجماع على حرمتهن ولم يثبت عند المصنف اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر فى حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال فى البنات فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار أن البنت يراد به الفرع فيتناولها النص حقيقة أو مجازا عند البعض وقوله عند البعض يريد اذا استعمل فى حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان فى محلين وعلى ما أسمعناك من التقرير يتناولهن مجازا عند الكل ومن الطرف فى تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت ففى الاول لان الاشقاء منهن أولاد الجدات فتحريم الجدات وهن أقرب أولى وفى الثانى لان بنات الاولاد أقرب من بنات الاخوة * (فرعان) * الاول لبنت الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضى نسبها من الرجل وألحقها بالام لا يجوز للرجل أن يتزوجها لانه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثانى يحرم على الرجل بنته من الزنا بصريح النص المذكور لانها بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعيا (قوله لان جهة الاسم عامة) أى الجهة التى وضع الاسم مع اعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لذات باعتبار نسبتها الى أخرى بالمجاورة فى صلب أو رحم والاحسن أن يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب أو رحم كى لا يقتصر على التوأم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة فى الكل بالتواطؤ ويدخل فى العمات والخالات بنات الاجداد وان علوا لانهن أخوات آباء (١) أعلون وبنات الجدات وان علون لانهن أخوات أمهات عليات وفى بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن (قوله ولا بام امرأته دخل بها أو لم يدخل) اذا كان نكاح البنت صحيحا أما بالفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل فى أم امرأته جداتها (قوله من غير قيد الدخول) عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضى الله عنهم والجمهور واليه رجع ابن مسعود بناء على أن تقييد المعطوف بصفة أو حال كما فى الآية فان قوله من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه به لكنه يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلا الدخول

(قوله اذ الام هى الاصل لغة) قال الله تعالى هن أم الكتاب أى أصل يرد اليه المتشابه وعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد يجوز أن يراد به الحقيقة والمجاز فى محلين مختلفين فحرمة الجدات ثابتة بالنص أيضا لان اسم الامهات يتناولهن مجازا وعلى هذا البنات أما ان يتناول لفظ البنات على بنات البنات وبنات الابن بطريق المجاز أو يثبت حرمتهن بالاجماع (قوله من غير قيد الدخول) حرمة الامهات ثابتة بنفس العقد عندنا وعند

(أو ثبتت حرمتهن بالاجماع) وهذان المسلكان يسلك بهما فى كل ما فيه معنى الفرعية أيضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة كن أو غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة * وتحرم أم امرأته ان كانت مدخولا بها أو لم تكن لقوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد بالدخول وتحرم بنت امرأته التى دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتى دخلتم بهن وليس كونها فى الحجر شرطا

(قوله فى كل ما فيه معنى الفرعية) أقول فيه بحث فان اطلاق البنت على الفرع مطلقا ممنوع (قوله كالبنات) أقول حرمة البنات ثبتت بالنص

(١) قوله أعلون هكذا فى النسخ والمناسب أعلين بالياء لا بالواو لانه صفة آباء المجرور كما لا يخفى كتبه مصححه

(سواء

(سواء كانت فى حجره أو فى حجر غيره)

قيدا فى حرمة أمهات النساء وتبعهم على ذلك بشر المريسى ومحمد بن شجاع ووجه البناء على أن الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل ورد بان المذكور فى الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه فى هذا الموضع باستلزامه كون الشئ الواحد معمول عاملين وذلك أن النساء المضاف اليه أمهات مخفوض بالاضافة والمجرور بهن بها فلو كان الموصول وهو قوله اللاتى دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك وهذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط وأبطله فى الكشاف بلزوم كون من مستعملا فى معنيين مختلفين فى اطلاق واحد وهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن أمهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيهما قال الشيخ سعد الدين فى حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كلى صادق على جميع معانى من فضرب من التأويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستعمل فى ايصال شئ فيتناول ايصال الامهات بالنساء لانهن والدات وبالربائب لانهن مولودات فحينئذ يصح جعل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة ايصال الامهات بالنساء بعد اضافتها اليها فى زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات كن أو غير مدخولات يأبى هذا المعنى فمن هنا جعل متعلقا بربائبكم فقط اهـ ويمكن أن يجعل حالا من النساء المضاف اليهن أمهات ومن الربائب الا أنه يستلزم جعل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف صالحا للعمل فى الحال أو جزأ للمضاف اليه وزاد بعضهم شبه الجزء فى صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف اليه نحو ملة ابراهيم حنيفا (قوله سواء كانت فى حجره أو فى حجر غيره) وهو مذهب الجمهور وشرطه على ورجع ابن مسعود الى قول الجمهور ولان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب اذ الغالب كون البنت

بشر المريسى وابن شجاع ومالك وداود وفى أحد قولى الشافعى رحمهم الله لا يثبت الا بالدخول بالبنت وهو مذهب على وزيد بن أحمد رضى الله تعالى عنهما لقوله تعالى وأمهات نسائكم * والاصل ان الشئ اذا عطف على شئ فى حكم وذكر فى المعطوف شرط فذا ينصرف اليهما كمن قال فلانة طالق وفلانة طالق ان دخل زيد الدار فشرط الدخول ينصرف اليهما فكذا هنا وذكر أم المرأة ثم عطف عليها الربائب ثم شرط الدخول فانصرف اليهما * ولنا قوله عليه السلام من تزوج امرأة حرمت عليه أمها دخل بها أو لم يدخل وحرمت عليه بنتها ان دخل ولان الله تعالى حرم أم المرأة مطلقا بلا قيد الدخول فمن قيده به فقد نسخه والدخول ليس بشرط بل هو تحريم شخص موصوف بصفة معطوف على شخص غير موصوف بصفة وعطف الموصوف على غير الموصوف لا يقتضى ذكر الصفة فى غير الموصوف كمن قال زينب طالق وعمرة القائمة فانه لا يشترط صفة القيام فى زينب لوقوع الطلاق عليها والنساء المذكورة فى قوله تعالى وأمهات نسائكم مخفوض بالاضافة فى قوله تعالى من نسائكم مخفوض بحرف من والمخفوضان باداتين لا ينعتان بنعت واحد ألا ترى انه لا يستقيم أن تقول مررت بزيد الى عمرو الظريفين ولو كان مخفوضين بخافض واحد جاز ذلك بان يقول مررت بزيد وعمرو الظريفين وأما الشرط انما يعود الى الجميع اذا أمكن ولم يمكن ههنا لانه يؤدى الى أن يكون الشئ الواحد معمولا لعاملين مختلفين لا محالة لان العامل فى الموصوف هو العامل فى الصفة ثم فى قوله تعالى وأمهات نسائكم مجرور بالاضافة وفى قوله تعالى من نسائكم بحرف الجر فلو رجع قوله اللاتى دخلتم بهن اليهما صار معمولا بالاضافة وحرف الجر وذا لا يجوز * وفى الكشاف قوله تعالى من نسائكم اللاتى دخلتم لا يخلو اما ان يتعلق بقوله أمهات نسائكم وبالربائب فتكون حرمة الامهات وحرمة الربائب غير مبهمتين واما ان يتعلق بالامهات دون الربائب فتكون حرمة الامهات غير مبهمة وحرمة الربائب مبهمة فلا يجوز الاول لان معنى من مع أحد المتعلقين خلاف معناه مع الآخر ألا ترى انك اذا قلت وأمهات نسائكم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فقد جعلت من لبيان

قال المصنف (لان ذكر الحجر) يعنى فى قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم (خرج مخرج العادة فان العادة أن تكون البنات فى حجر زوج أمهاغالبا) أى فى تربيتها الاعلى وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله (ولهذا اكتفى فى موضع الاحلال بنفى الدخول) ولم يشترط نفى الدخول مع نفى الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن واسن فى حجوركم فان الاباحة تتعلق بضد ماتتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفى الحرمة بانتفاء أحدهما لان الشئ ينتفى بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر وأجيب بان العادة فى مثله نفى الوصفين جميعا أونفى العلة مطلقالانفى أحدهما والسكوت عن الآخر لا يقال لايجرى حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم يوجد فيه الجنسية أولم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس أو يقال لم توجد علة الربا وليس بقوى * وتحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما أن يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الآباء الاجداد كما تتناول الام الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الاولى * وتحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبنى أولاده

لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لامخرج الشرط ولهذا اكتفى فى موضع الاحلال بنفى الدخول قال (ولا بامرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء (ولا بامرأة ابنه وبنى أولاده)

مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولولا هذا لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ فى غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لابدلالة اللفظ (قوله ولهذا) أى ولكونه لم يعتبر قيدا فى الحرمة اكتفى فى موضع نفى الحرمة بنفى الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فحيث خصه فى موضع النفى بالذكر علمنا أنه المعتبر فى اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن فى حجوركم أوفان لم تكونوا دخلتم بهن أولسن فى حجوركم جريا على العادة فى اضافة نفى الحكم الى نفى تمام العلة المركبة أوأحد جزأيها الدائر وان صح اضافته الى نفى جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال هذا ويدخل فى الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لانه اسم خاص فلذا جاز التزويج بام زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها (قوله ولا بامرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) اعلم أن امرأة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على ارادة الوطء بالنكاح فان أريد من حرمة امرأة الاب والجد مايطابقها من ارادة الوطء قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامرأة أبيه وتصدق امرأة الاب بعقده عليها والا لم يفد الحكم فى ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح فى نكاح الآباء فى معنى مجازى يعم العقد والوطء وذلك النظر فى تعيينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتبارها فى المجازى وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلاوطء بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلاشبهة فان الاجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون ولو كان عن علم ضرورى يخلق لهم يثبت ذلك أن

النساء ولتميز المدخول بهن من غير المدخول بهن واذا قلت وربائبكم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فانك جاعل من لابتداء الغاية كما تقول بنات رسول الله من خديجة وليس بصحيح أن يعنى بالكلمة الواحدة فى خطاب واحد معنيان مختلفان ولا يجوز الثانى لان مايليه هو الذى يستوجب التعلق به وهو ماذهبنا اليه (قوله لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة) فان بنت المرأة تكون فى حجر زوج أمها أى فى تربيته وذكر فى مبسوط شيخ الاسلام قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فتعلق الاباحة بالدخول دليل على أن الحرمة لم تتعلق بالحجر فان قيل يحتمل أن تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفى الحرمة بانتفاء أحدهما لان الشئ ينتفى بانتفاء الجزء فكانت كالقرابة مع الملك فى حق العتق حيث ينتفى العتق بانتفاء أحد هذين الوصفين فكذلك ههنا ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول لايدل على أن الحرمة غير معلقة بالدخول والحجر قلنا نعم كذلك الا أن الاستعمال فى مجارى الكلام عند نفى الحكم بنفى علته التى هى ذات وصفين هو نفى الوصفين جميعا أونفى علته مطلقا واما ان ينفى أحد وصفيه ويسكت عن الآخر فلا حيث لا يقال لم يعتق لانه لم يرد الملك عليه أولم يرد القرابة عليه بل يقال لانه لم يرد عليه

(قال المصنف لقوله تعالى ولا تنكحوا مانكح آباؤكم) أقول قال الزيلعى يتناول منكوحة الاب وطأ أوعقدا صحيحا وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد وان كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لانه نفى وفى النفى يجوز الجمع بينهما كما يجوز فى المشترك أن يعم جميع معانيه فى النفى اه ويجئ فى وصايا الهداية تجويز الجمع بين معانى المشترك فى النفى (قوله واما بالاجماع) أقول فيه أن كون دلالة قوله تعالى على الجد بالاجماع لامعنى له (قوله وأما المراد بالنكاح) أقول يعنى فى قوله تعالى مانكح لقوله

لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم فحليلة الابن وهى زوجته حرام على الاب سواء دخل بها الابن أولم يدخل لاطلاق النص على الدخول وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو الفرع فكأنه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالاجماع فان قيل قوله تعالى من أصلابكم يابى ذلك أجاب بان (ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لالاحلال حليلة الابن من الرضاعة) والدليل على ذلك ان التبنى انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ماطلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبنى بقوله ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهذا مايتعلق من التحريم بالمصاهرة * وتحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته منها لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب هذا ما يتعلق بالرضاع * ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح أو ملك يمين وطأ لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين على الاطلاق ويسرى حكمهما الى كل امرأتين لوفرضت احداهما ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان فى النسب أو الرضاع

لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لالاحلال حليلة الابن من الرضاعة (ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة) لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب (ولا يجمع بين أختين نكاحا ولا بملك يمين وطأ) لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه فى رحم أختين

ذلك الحكم مرادا من كلام الشارع اذا احتمله (قوله لقوله تعالى وحلائل أبنائكم) ان اعتبر الحليلة من حلول الفراش أو حل الازار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنا فحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا كما تحرم المزنى بها ومن ذكرنا للآباء على الابناء ولا تتناول المعقود عليها للابن أو بنيه وان سفلوا قبل الوطء والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل بكسر الحاء وقد قام الدليل على حرمة المزنى بها للابن على الاب وهو ماسنذكره فى موضعه فيجب اعتباره فى أعم من الحل والحل ثم يراد من الابناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الاعلى من النسب وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب فى الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعى والمنقول عنهم أن ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى لالاحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف (قوله ولا بامه من الرضاعة) كل من ذكرنا أنه يحرم من أول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو أرضعت امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج الظئر الذى نزل لبنها منه لانها امرأة أبيه من الرضاعة ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبى لانها امرأة ابنه من الرضاعة وسنستوفى ذلك ان شاء الله تعالى فى كتاب الرضاع (قوله ولا يجمع بين أختين نكاحا) أى عقدا (ولا بملك يمين وطأ) وهذان تمييزان لنسبة اضافية والاصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما أختين من النسب أو الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعى يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين الا ماقد سلف بناء على أن التحريم المذكور أول

الملك مع القرابة أولم يوجد علة العتق وكذلك لا يقال لايجرى حكم الربا وهو حرمة الفضل بين هذين البدلين لانه لم توجد الجنسية أولم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنسية أولم توجد علة الربا ولأن الاصل فى النساء الحرمة بدليل ان الحرمة تثبت بالشبهات لا الحل فلو كان الحجر مع الدخول شرطا لحرمة الربيبة كان أولى ان يكتفى بأحدهما فى موضع الحرمة فلما لم يكن النظم هكذا علم ان ذكر الحجر خرج على وفاق العادة لا الشرط (قوله وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى) فان التبنى قد انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ماطلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه وفيه نزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من رجالكم فهذا التقييد هنا لدفع طعن المشركين فان قيل ابن الابن لايكون من صلبه فكيف يتناوله قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار أن الاصل من صلبه كقوله تعالى خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو أصل كذا فى المبسوط (قوله وان تجمعوا بين الاختين) وهو فى موضع الرفع لانه معطوف على المحرمات أى وحرم عليكم الجمع بين الاختين

(قال المصنف وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى) أقول ويجوز أن يكون للتأكيد كقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه (قوله فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب) أقول فيه أن الحديث ان لم يكن مشهورا لايزاد به على الكتاب على ماتقرر فى الاصول وان كان مشهورا يجوز نسخ الكتاب به فبا الحاجة الى جعل من أصلابكم احترازا عن التبنى (قال المصنف ولا بملك يمين وطأ) أقول متعلق بوطأ المقدر بقرينة المذكور

*ومن له أمة فتزوج أختها جاز سواء كان وطئ الامة أو لم يطأها لانه صدر من أهله وهو واضح (مضافا الى محله) لان الاخت المملوكة وطؤها من باب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطؤها بعد ذلك وان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة حكما فوطء الامة يكون جمعا بين الاختين بوطء أحدهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى تصير المنكوحة موطوءة حكما وجب أن لا يجوز هذا النكاح كى لا يصير جامعا بين الاختين وطأ كما قال به مالك وأجيب بان نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطأ بعد ثبوت حكمه (١٢٢) وهو حل الوطء فلا يكون وطء متقدما مانعا عن النكاح (ولا يطأ المنكوحة) أيضا (للجمع) بينهما (الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب) كالبيع والتزويج لان ذلك الوطء قائم حكما حتى لو راد أن يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما ألا ترى أنه يحل لزوجها أن يغشاها فيحل له أن يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز له أن يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطأ اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما

فان تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) لصدوره من أهله مضافا الى محله (و) اذا جاز (لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة) لان المنكوحة موطوأة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوأة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع و يطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطأ اذ المرقوقة ليست موطوأة حكما

الآية أضيف بواسطة العطف الى الجمع وهو أعم من كونه عقدا أو وطأ وعن عثمان رضى الله عنه اباحة وطء المملوكتين قال لانهما أحلتهما آية وحرمتهما آية أخرى وهما هذه وقوله تعالى وما ملكت أيمانكم فرجح الحل قيل الظاهر أن عثمان رضى الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف أهل الظاهر و بتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذى ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب وفى الباب أحاديث كثيرة منها ما فى الصحيحين عن أم حبيبة قالت يا رسول الله انكح أختى الحديث الى أن قال انها لا تحل لى وحديث أبى داود وعن الترمذى عن أبى وهب الجيشانى أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز الديلمى قال قلت يا رسول الله انى أسلمت وتحتى أختان قال طلق أيهما شئت قال الترمذى حسن غريب وصححه البيهقى وابن حبان ولفظ أبى داود اختر أيهما شئت (قوله فان تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) خلافا لبعض المالكية وجه قولهم أن المنكوحة موطوءة حكما باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطأ حكما وهو باطل باعترافكم لانكم عللتم عدم جواز وطء الامة وان لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطأ حكما وقد قلتم ان حكم وطء الامة السابق قائم حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستبرئها وما قيل حالة صدور العقد لا يكون جامعا وطأ بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من أهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا فى نفسه لكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد فى صفحات كلامهم مواضع علل المنع فيها بمثله وقد يجاب بأن هذا اللازم يمكن ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة و يمنع من الوطء بعدها الى قيامه اذ ذاك (قوله ولا يطأ الامة) الحاصل أنه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كبيع الكل أو البعض والهبة مع التسليم والاعتاق أو بالكتابة والتزويج وعن أبى يوسف لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غيره

(قوله لصدوره من أهله مضافا الى محله) اما الاهل فظاهر وأما المحل فلان الاخت المملوكة لم تصر فراشا بنفس الوطء ولم يشتغل رحمها بمائه شغلا معتبرا ولهذا لو اعتقها لا يلزمها العدة ولا يثبت نسب ولدها الا بدعوته (قوله لان المنكوحة موطوءة حكما) حتى لو تزوج مشرقى مغربية وولدت أولادا ثبت نسبهم منه للوطء حكما فان قيل لما كان النكاح قائما مقام الوطء وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطأ حكما كما قال مالك رحمه الله قلنا نفس النكاح ليس بوطء وانما صار كالوطء عند ثبوت حكمه وهو حل الوطء وحكم النكاح يثبت بعده فالنكاح فى حال وجوده ليس بوطء فيصح لوجوده فى محله (قوله

(قال المصنف فان تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) أقول وأنت خبير أن الظاهر كان أن يجب عليه تحريم الامة الموطوأة على نفسه بسبب من الاسباب عقيب نكاح أختها كى لا يلزم الجمع بينهما فليتامل فانه يجاب عنه بانهما وطآن حكميان لا معتبر بهما

(قوله من باب الاستخدام) أقول لا الاستفراش (قوله كما قال به مالك رحمه الله) أقول فيه ان ذلك مذهب بعض المالكية (قوله فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة) أقول فيه شئ (قوله و بالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء) أقول فيه بحث فانه كان ينبغى أن يجب تحريم الموطوأة على نفسه عقيب النكاح بسبب من الاسباب كى لا يلزم الجمع فليتامل فانهما وطآن حكميان فى الحقيقة ولا يمنع الجمع فيهما (قوله لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما) أقول فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يجب الاستبراء على البائع فلما ذاك ليس للاشتغال بل للحديث على ما فصله صدر الشريعة فى آخر باب الكراهية (فاذا

قوله (فان تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه و بينهما) قيد بعقدتين لانه لو تزوجهما بعقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يستحقان شيئا من المهر وقيد بقوله ولا يدرى أيتهما أولى (١٢٣) لانه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية وقوله (لان نكاح احداهما باطل بيقين) يعنى من كانت أخرى فى الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ) يعنى الى تصحيحه فى احداهما بغير عينها (لعدم الفائدة) وهى حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة (أو للضرر) يعنى فى حقهما لان كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة (فتعين التفريق) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق وأجيب بان الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن باعيانهن لان نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شئ من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح فى احداهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله (ولهما نصف المهر) يعنى بينهما نصفان (لانه وجب للاولى منهما) أما أنه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة وأما أنه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وتقرر كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا

(فان تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه و بينهما) لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق (ولهما نصف المهر) لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة

لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها الاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التمليك حلت المنكوحة بمجرد التمليك ووجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعى ومالك وأحمد تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة الى اشتراط التحريم بسبب آخر وأجيبوا بأن حكم وطء المرقوقة قائم حتى لو أراد بيعها استحب له استبراؤها فبالوطء يكون جامعا وطأ حكما واطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفا وهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد الا اذا دخل بالمنكوحة فيه فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لانه وطء معتبر تترتب الاحكام عليه (قوله لان المرقوقة ليست موطوءة حكما) لان ملك اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة *(فرع)* لو اشترى أختين ليس له وطؤهما فان وطئ احداهما أو لمسها بشهوة لم يحل له وطء الاخرى حتى يحرم الموطوءة بسبب ولو وطئهما أثم ثم لا يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب ولو باع احداهما أو وهبها أو زوجها ثم ردت اليه المبيعة أو رجع فى الهبة أو طلقت المنكوحة وانقضت عدتها لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان أولا (قوله فان تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما الاولى فرق بينه و بينهما) هذا تفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا فى عقدة واحدة بطلا يقينا و بعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثانى وله وطء الاولى الا أن يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفى الدراية عن الكامل لو زنى باحدى الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه أعلم (قوله ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية) طولب بالفرق بين هذا و بين ما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل وأجيب بامكانه هنالك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فله أن يدعى نكاح من شاء معينة منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته (قوله ولا الى التنفيذ مع التجهيل) أى تنفيذ نكاحهما مع جهل الحالة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين أو تنفيذ نكاح احداهما مع تجهيله بان ينفذ الاحد الدائر بينهما (لعدم الفائدة) وهو حل الاستمتاع اذ لا يقع الا فى معينة ولا حل فى المعينة (أو للضرر) عليه بالزامه النفقة وسائر المواجب مع عدم حصول المقصود وعليها بصيرورتها معلقة لا ذات بعل فى حق الوطء ولا مطلقة ولتضرر الاولى لو وقع تعيينه لغيرها وهى الصحيحة والثانية لو وقوعها فى الوطء الحرام وفى هذا نظر اذ لا ضرر عليها فى الدنيا وهو ظاهر ولا فى الآخرة لعدم قصد التجانف لاثم ولو قال وللضرر بالواو كان أولى لان كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل (فتعين التفريق) والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فان وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال أو بعده بهما فليس له بأى واحدة منهما شاء حتى تنقضى عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التى لم تنقض عدتها دون الاخرى كى لا يصير جامعا وان بعده باحداهما فله أن يتزوجها فى الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج أختها (قوله ولهما نصف المهر) المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل

ولهما نصف المهر) أى الاقل من نصفى المهر لان فيه تعيينا وهذا لان كل واحدة منهما ان كانت سابقة فلها

وليست احداهما بكونها أولى أولى (للجهل بالاولوية) وفى بعض النسخ بالاولية (فيصرف اليهما) وقوله (وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما) قال الفقيه أبو جعفر لا بد أن تدعى كل واحدة منهما أنها هى الاولى وأما اذا قالت لا ندرى أى النكاحين كان أولا لا يقضى لهما بشئ

حتى يصطلحا لان الحق لا لمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح ليقضى لهما وصورة هذا الاصطلاح أن يقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضي القاضي قال ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها) رواه ابن عباس وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه أنه رواه علي وأبو هريرة

وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبو موسى الاشعري وسمرة بن جندب (وهو مشهور) تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين في موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو أن لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت أخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها أجيب بان شمس الائمة السرخسي قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم أو لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال وهذا مشهور

(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها وهذا مشهور

الدخول مع تساوي مهريهما جنسا وقدرا سواء برهنت كل واحدة منهما على أنها سابقة أو ادعته فقط أما لو قالتا لا ندري السابقة منا لم يقض بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا وفي النكاح الفاسد يقضي بمهر كامل وعقر كامل ويجب حمله على ما اذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا أما اذا اختلفا فيه فيتعذر ايجاب عقر اذ ليست احداهما أولى بجعلها ذات العقر من الاخرى لانه فرع الحكم بأنها الموطوءة في النكاح الفاسد هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمي فيه العقر بل الاقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا أو قدرا قضى لكل واحدة بربع مهرها وان لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة بين الاختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أي دعواها أنها الاولى أو يصطلحان بان يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه وما ذكره المشايخ يندفع به قول أبي يوسف انه لا شيء لهما لجهالة المقضي لها فهو كما لو قال لاحد هذين عندي ألف لا يقضي بشيء لجهالة المقضي له وعن محمد أن عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج أقر بجواز نكاح احداهما فيجب مهر كامل وجوابه أنه يستلزم ايجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه فان ايجاب كماله حكم الموت أو الدخول (قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) تكرار لغير داع الا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي فانه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون ادخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين ويؤنسه حرمة نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يزد فيه على قول لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها النهي في الصحيحين (قوله وهذا مشهور) أعني الحديث المذكور ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان ورواه أبو داود والترمذي والنسائي وتلقاه الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم

نصف المهر وان كانت لاحقة فلا شيء لها فكان لكل واحدة ربع المهر فان قيل ينبغي ان لا يقضى على الزوج بشيء كما روي عن أبي يوسف رحمه الله لان المقضي له مجهول وجهالة المقضي له تمنع القضاء كمن قال لرجلين لاحدكما على ألف درهم فانه لا يكون لاحدهما ان يأخذ منه شيأ ما لم يصطلحا قلنا قد قالوا معنى المسئلة ان تدعي كل واحدة انها هي الاولى ولا حجة اما اذا قالتا لا ندري أي النكاحين أول لا يقضى لهما بشيء لم يصطلحا على أخذ نصف المهر لان الحق وجب لمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح (قوله لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها) هذا نهي بصيغة الخبر وهو أبلغ مما يكون النهي بصيغته ثم ذكر النهي من الجانبين للمبالغة

(قال المصنف ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) أقول تكرار لغير داع الا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث فانه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون ادخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام ويؤنسه حرمة نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر

تجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز

الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا أولا وليست بمعلومة ويمكن أن يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ أخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما انه تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات نسخ عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم بتقديره متأخرا لئلا يتكرر النسخ فجاز أن ينسخ بخبر مشهور وما تناوله مما ذكرناه ولا باس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك وقوله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى) ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المرأة وعمتها محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه ولا عليك أن تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين كما قدمته وهو أولى

تجوز الزيادة على الكتاب بمثله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى) لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع

الغفير منهم أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهم فتجوز الزيادة به على الكتاب) يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبنته من الرضاعة فلو كان من أخبار الآحاد جاز التخصيص به أيضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر أنه لا بد من ادعاء الشهرة لان الحديث موقعه النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم اذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات وهو منتف أو تكرار النسخ وحاصله خلاف الاصل بيان الملازمة أن يكون السابق حرمة المشركات ثم ينسخ بالعام وهو وأحل لكم ما وراء ذلكم ثم يجب تقدير ناسخ آخر لان الثابت الآن الحرمة (قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى) ثنى بعد ذكر ذلك الفرع باصل كلي يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما ابنة فيكون كل من البنتين عمة للاخرى أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما ابنتان فكل من البنتين خالة للاخرى فيمتنع الجمع بينهما والدليل على اعتبار الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم وروى أبو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفرض وصلها وهو ما تضمنه الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين وان تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد (قوله والقرابة المحرمة للنكاح) أي بمقتضى آية المحرمات (محرمة للقطع) على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني أي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية أعني حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك أيضا كمنافاة الاحترام الواجب للامهات والعمات والخالات بالافتراش فيمكن ادراجه في القطيعة ولا شك أن الجمع أفضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع أولى من حرمة الاقارب

في التحريم أو لازالة الاشكال فربما يظن ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على بنت الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى ولئن كان من الآحاد فقد ورد تخصيص الكتاب وتخصيص عام ثبت خصوصه جائز وقد خصت المجوسية والوثنية من قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم فتخص هذه الصورة بهذا الخبر (قوله لما روينا) وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

(قوله سلمنا جواز الاصطلاح الخ) أقول فيه بحث فان الايراد الثاني لا يرد على المصنف بل على المورد نفسه حيث سلم أنه تخصيص (قوله لئلا يتكرر النسخ) أقول حتى لا يلزم حل المشركات المعلوم الانتفاء

ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لمار وينامن قبل (ولا باس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل) لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط أن يصور ذلك من كل جانب قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها)

(قوله ولو كانت المحرمية بينهما) أي بين المرأتين (بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما رويناه من قبل) وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فلا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع وامرأة وابنة أخ لها من الرضاع لانها عمتها وامرأة وابنة أختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع (قوله لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع) يعني أن الموجب لاعتبار ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرمت عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها أو الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع أو عمة أو خالة وابنة أخ أو أخت من الرضاع وكذا كل محرمية بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا لا بدليل وهذه أعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة أبيها مما اتفق عليه الائمة الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز أخرجه الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي وذكر البخاري تعليقا قال وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي وتعليقاته صحيحة قال ابن سيرين وكرهه الحسن مرة ثم قال لا باس به وقدمنا قريبا أنه لا باس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه أمها أو بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد بن الحنفية امرأة وزوج ابنه بنتها (قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها) أي وان علت فتدخل الجدات بناء على ما قدمه من أن الام هي الاصل لغة (وابنتها) وان سفلت وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وان علوا وأبنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان أفضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن أبي يوسف قال أكره له الام والبنت وقال محمد التنزه أحب الي ولكن لا أفرق بينه وبين أمها وقد يقال اذا كان المس بشهوة تنتشر به الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا أفضاها ان لم ينزل وان أنزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر معه وزاد انتشاره كما في غيره والجواب أن العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك اذا لم يتحقق كونه في القبل ولا بد من كونها مشتهاة حالا أو ماضيا وعن أبي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما أن العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كابراهيم وزكريا عليهما السلام وله أن يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما اقتساويا والقصتان على خلاف العادة لا توجبان الثبوت العادي ولا تخرجان العادة عن النفي ولا يلتحق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي وأحمد ووجهه ما تضمنه الجواب المذكور وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد خلافا للشافعي ومالك في أخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن الحصين وجابر وأبي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري واسحق ابن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه ولم تصر أمها بها أمهات أولاد لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد به الولد الذي يترتب عليه أحكام الشرع الا أن حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى حرمت عليكم

(قوله ان يصور ذلك من كل جانب) لان حرمة الجمع لصون القرابة عن القطيعة وهذا انما يتحقق اذا تحققت الحرمة من الجانبين لان حرمة القرابة تثبت من الجانبين فاما اذا ثبتت في احد الجانبين فتلك حرمة الصهرية فلا

وقوله (ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع) ظاهر وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع الحديث وقوله (ولا باس بان يجمع بين امرأة) ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر هذا الى ابن أبي ليلى وقوله (والشرط أن يصور ذلك من كل جانب) يعني كما كان في الاختين كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الاصل وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وبنته وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها) لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة أولا وذكر الخلاف

(قوله أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة) أقول فكان الانسب تقديمه على مسائل الجمع ولعل تاخيره لكونه مكان الاختلاف

وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة

أمهاتكم وبناتكم والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على أمه فعلمنا أن حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في أمر الفروج وبحرمة البنت من الزنا قال مالك في المشهور وأحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولدوا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد ووجه قوله ظاهر من الكتاب (قوله ولنا أن الوطء سبب الجزئية)

تكون مفضية الى القطيعة فان قيل بينهما المحرمية بالمصاهرة فيحرم الجمع كما لو كان بينهما محرمية نسبا أو رضاعا قلنا المحرمية عبارة عن حرمة التناكح من الجانبين كما في الاختين نسبا أو رضاعا ولم يوجد هنا لانا لو فرضنا امرأة الاب ذكرا لا يحرم المناكحة لانه متى كان ذكرا لم تكن امرأة الاب (قوله لانها نعمة) لان الله تعالى من علينا بالمصاهرة كما من بالنسب قال الله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا والحكيم انما من بالنعمة ولان الاجنبية بها تلحق بالامهات حتى يخلو بها ويسافر بها والزنا سبب للعقوبة فاني يستقيم تعليق النعمة به ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم أي لا تطؤوا ما وطئ آباؤكم لان النكاح حقيقة للوطء ومستعار للعقد ولانه في اللغة الضم قال * انكحت صم حصاها خف يعملة * وحقيقة في الوطء لانهما يصيران كشخص واحد حال ذلك الفعل ويثبت الازدواج حكما بالعقد لا حقيقة لانه سبب الانضمام الحقيقي فان حمله بالعقد في الاصل وما نكح يعني من نكح لانه قال بعده من النساء وهو بيان لما سبق ذكره مبهما فالنص يقتضي حرمة وطء منكوحة الاب مطلقا فلا يقيد بالحلال كيلا يصير زيادة على الكتاب ولان الوطء الحرام مؤثر في افادته حرمة المصاهرة كالوطء الحلال وهذا لان الحلال ما كان سببا للحرمة لانه حلال بل لكونه سببا للجزئية بواسطة الولد والحرام شارك الحلال في السببية فيشاركه في الحرمة وهذا لان الوطء الحلال يجعل أصولها وفروعها كاصوله وفروعه وأصوله وفروعه كاصولها وفروعها من وجه بيانه ان الولد جزء الواطئ لان بعضه جزؤه حقيقة والبعض الآخر جزؤه معنى حتى تثبت أحكام البعضية في الكل من العتق والارث وغيرهما وكذا في جانبها ولهذا يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا فيقال هذا ولد فلان وفلانة والولد اسم للكل ومتى ثبتت الجزئية بين كل واحد منهما وبين الولد ثبتت بينه وبينها بواسطة الولد حكما ضرورة اذ بعض الولد جزؤها وقد أضيف كل الولد اليه فكان جزؤها مضافا اليه ضرورة وكذا هذا الاعتبار في الجانب الآخر وهو أمر حقيقي لا يختلف بحل السبب وحرمته فصارت أم الموطوءة وبناتها في معنى أمهاته وبناته من وجه لان أم الموطوءة جدة هذا الولد فيكون أصل هذا الولد فكان الولد في معنى فرع فرعها ولا يتصور كونه في معنى فرع فرعها الا اذا كان الواطئ فرعها معنى وأم الموطوءة أصله لانها ما لم تكن أصله استحال أن يكون أصل أصل فرعه وكذا هذا الاعتبار في جانب البنت والام والبنت من وجه حرام كالام والبنت من كل وجه الا ترى ان الشرع حرم أم الرضاع مع أنها ليست أصل كله بل هي أصل جزئه باعتبار انبات اللحم وانشار العظم بالرضاع وانما لم تحرم الموطوءة لان عملها كعمل حقيقة البعضية وهي توجب الحرمة في غير موضع الضرورة لا في موضعها الا ترى ان حواء رضي الله عنها خلقت من آدم عليه السلام وكانت بعضه حقيقة وهي حلال له ضرورة فكذا البعضية الحكمية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة ضرورة لانها لو حرمت لما حلت منكوحة والزنا من حيث انه سبب الولد ليس بحرام لانه من هذا الوجه سبب البقاء واسباب البقاء مشروعة وانما حرم من حيث انه يتضمن آثارا فاسدة كضيع الماء على سبيل التضييع وافساد الفراش وهو من هذا الوجه ليس بسبب لحرمة المصاهرة وبهذا تبين انه لا تمسك له بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال لان الحرمة ما نيطت بالزنا من حيث انه حرام بل من حيث انه سبب الولد وقائم مقامه ولا عصيان ولا عدوان فيه وما قام

(وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة) فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه (ولنا أن الوطء سبب الجزئية) وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام أما أن الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطء فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد

(قوله وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام) أقول النتيجة اللازمة من هذا القياس حرمة الاستمتاع بالولد وفروعه ليس الا والمطلوب يتضمن حرمة أصول كل منهما للآخر أيضا والصواب تركيب القياس الاستثنائي بحيث يعم الكل (قال المصنف ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد) أقول فان الولد جزء من الاب وهو جزء من الام أيضا متصل بها مختلط حتى يفصل منها بالمقاريض (قوله وكذا بين الوالدين بسبب الولد) أقول فيه بحث

الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوأة

اعلم أن الدليل يتم بأن يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على الغاء وصف الحل في المناط وهو بعتبره فهذا منشأ الافتراق ونحن نبين الغاءه شرعا بأن وطء الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وأمته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم أن المعتبر في الاصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا أو حراما ومارواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام غير مجرى على ظاهره أرأيت لو بال أو صب خمرا في ماء قليل مملوك له لم يكن حراما مع أنه يحرم استعماله فيجب كون المراد أن الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما وحينئذ نقول بموجبه اذ لم نقل باثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وأبو داود ليس بشئ وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن أبي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعف بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله الامام أحمد وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء بناء على أن المراد بالنكاح الوطء اما لانه الحقيقة اللغوية أو مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطء لا نفس العقد ويمكن منع هذا بل نفس لفظه الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء أي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله

مقام غيره فانما يعمل عمل الاصل كالتراب لما قام مقام الماء نظر الى كون الماء مطهرا وسقط وصف التراب فكذا هذا يهدر وصف الزنا بالحرمة لقيامه مقام ما لا يوصف بها وهو الولد فان قيل ما ذكرتم ان الولد يضاف الى كل واحد كملا ممنوع لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه السلام اثبت للزاني الحجر في موضع الحاجة الى بيان حكم الولد وجعل كل الولد منسوبا الى صاحب الفراش ولان الجزئية بالتفرع وكله لم يتفرع عنه بل بعضه متفرع عنها فاذا لم يتفرع كله منه كيف يكون الكل جزأه والمراد باضافته اليه بعضه لان اطلاق اسم الكل على البعض شائع فعلم ان بعض الولد جزؤه وأم الموطوءة ليست بأصل لهذا القدر الذي هو جزء الواطئ فلا تصير أم الموطوءة في معنى أمه ولئن صارت أمه من وجه لا نسلم ان أمه من وجه حرام فكيف يحرم والام من وجه دون الام من كل وجه فحرمة الام من كل وجه لا تدل على تحريم الام من وجه ولام رضاعا حرمت بالنص ولم تحرم استدلالا بالام من كل وجه قلنا كل الولد جزؤه لان أحكام البعضية لكله لا لبعضه ولهذا يعتق كله وعلى ما زعمت يجب ان يعتق بعضه ويجب نفقة كله ولو بعد الفرقة ولا ندعي بان كله تفرع منه حقيقة لانه لا نزاع في الحقائق بل ندعي أنه في معنى المتفرع منه لان بعضه متفرع منه حقيقة وقد اختلط بعضها بذلك البعض على وجه لا يتميز وصارا بالاختلاط كشئ واحد فكل حكم يثبت لبعضه المتفرع منه يثبت لبعضها المختلط ببعضه ضرورة عدم التمييز فكان الكل تفرع منه وانما اثبتنا الحرمة هنا استدلالا بالام رضاعا لانها أم من وجه ولانها لما كانت أما من وجه كانت حراما من وجه فيحرم احتياطا ومن فروع هذه المسئلة ابنته من الزنا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت ابنة فان نكاحها يحرم عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانها ابنته حقيقة فيحرم لقوله تعالى وبناتكم فان قيل لو كانت بنته لوجبت النفقة ولثبت التوارث ولصارت أمها أم ولده فلما لم تثبت هذه الاحكام عرفنا ان هذه غير مضافة اليه على الاطلاق فاذا لم يوجد لم يدخل تحت نص التحريم فبقيت داخلة تحت نص الاباحة قلنا لما كانت مخلوقة من مائه كانت مضافة اليه من كل وجه وهذه الاحكام ان لم تثبت فلا تدل على عدم الاضافة اليه الا ترى ان الابن الكافر لا يرث ولا يستحق النفقة على الاخ المسلم ولا خلل في الاضافة فدل على ان عدم هذه الاحكام لا يدل على

والوسد

(حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا) يقال ابن فلان وابن فلانة فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه) وتصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لانها حينئذ جزء الواطئ أجاب بقوله (والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة) لانه لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بانتفائهما وذلك خلف باطل وأما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلأن أول الانسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثنى موضع الضرورة وهي امرأته

(قوله فان قيل لو كان الخ) أقول محل هذا السؤال كان عقيب بيان الكبرى كما لا يخفى (قوله بعد ما ولدت) أقول بل بعد لو طء وهذا أولى في اثبات المطلوب والعود على موضوعه بالنقض (قوله فهو الأصل في حرمة الجزء) أقول أي حديث آدم عليه السلام

وقوله (والوطء محرم من حيث انه سبب الولد) جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور وبيانه أن الوطء ليس

والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا (ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)

الله فبعا قبيح وقدمنا للمصنف اعتبار الآية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى أصحابنا أحاديث كثيرة منها قال رجل يا رسول الله اني زنيت بامرأة في الجاهلية أفأنكح ابنتها قال لا أرى ذلك ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما اطلع عليه منها وهو مرسل ومنقطع وفيه أبو بكر بن عبد الرحمن ابن أم حكيم ومن طريق ابن وهب عن أبي أيوب عن ابن جريج أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة فيغمز ولا يزيد على ذلك لا يتزوج ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا أن هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالحاصل أن المنقولات تكافأت وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور رمغالطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة فحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا وعضدا وساعدا يهمه ما أهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفائدتها أيضا اذ الانسان ينفر عن الزاني ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فاني ينتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه الغاء وصف زائد على كونه وطأ وظهر أن حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا أن الشيخ ذكره بيانا للحكمة العلة يعني أن الحكمة في ثبوت الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وهو ان انفصل فلا بد من اختلاط ما ولا يخفى أن الاختلاط لا يحتاج تحققه الى الولد والا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق والواقع خلافه فتضمنت جزأه (والاستمتاع بالجزء حرام) لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون (الا في موضع الضرورة وهي المنكوحة) والا لاستلزم البقاء متزوجا حرجا عظيما لتضيق عنه الاموال والنساء واذا تضمنت جزأه صارت أمهاتها كأمهاته وبناتها كبناته فيحرم من عليه كما تحرم أمهاته وبناته حقيقة أو نقول وهو الاوجه ان بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المرفه (قوله ومن مسته امرأة بشهوة) أي بدون حائل أو بحائل رقيق تصل معه حرارة البدن الى اليد وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالا أو ماضيا فلو مس عجوزا بشهوة أو جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع سنين مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس سنين فما دونها لا بلا تفصيل وبنت ثمان أو سبع أو ست ان كانت عبلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت به حرمة المصاهرة وهذا ما وعدناه من قريب ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا أو ناسيا أو مكرها أو مخطئا حتى لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنته منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن أنها أمها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولك أن تصورها من جانبها بأن أيقظته هي كذلك فقرصت ابنه (١) من غيرها وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو قول السرخسي وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فأولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب أما الشيخ والعنين فحدها تحرك قلبه أو زيادة تحركه ان كان متحركا لا مجرد ميلان

الاختلال في الاضافة بل عدمها لعدم شرطها على ان الحرمة مما يحتاط في اثباتها متى دارت بين الثبوت وعدمه (قوله ومن مسته امرأة) بشهوة هذه المسئلة مصورة في المس الحلال والنظر الحلال ليستقيم قول الشافعي خلاف الشافعي فيها فان الاولوية في جانبه كما لا يخفى ففي عبارته قصور

بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال ولد عصيان أو عدوان والشئ اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم وقوله (ومن مسته امرأة بشهوة) بيان أن الاسباب الداعية الى الوطء في اثبات الحرمة كالوطء في اثباتها قال الفقيه أبو الليث تأويل المسئلة اذا صدق الرجل المرأة أنها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في أكبر رأيه أنها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي أن لا تحرم عليه أمها وبنتها فان قيل ذكر مسئلة الدواعي تكرار لان نفس الوطء الحرام اذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلأن لا يوجبها دواعيه أولى أجيب بانه انما كانت تكرارا أن لو كانت مصورة في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثل أن مست أمة مولاها كذلك غير أنا لم نميز بين الحلال والحرام

(قوله فان قيل ذكر مسئلة الدواعي) أقول أي ذكر

(١) قوله من غيرها قيد بذلك ليعلم ما اذا كان منها بالاولى اهـ نهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه

في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم (له) في الحلال ماذكر في الكتاب (أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال) وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وأن يكون في معنى الملحق به (ولنا أن المس والنظر سبب داع الى الوطء) والسبب الداعي الى الشئ يقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا وجدنا صاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع ألا ترى أنه أقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء ونوقض بان ما ذكرتم ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب أن النظر الى الفرج المحرم هو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فانظر بعد هذا في أن النظر الى الجمال في الحلال في الملك وغيره خلاء وملأ هل يكون داعيا الى الوطء دعوة النظر اليه أولا لا أراك قائلا بذلك الا مكذبا * وعرف المس بشهوة بان تنتشر الآلة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس (أو تزداد انتشارا) اذا كانت منتشرة قبل ذلك

وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا أن المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو الصحيح

النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له أصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من أحدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة وأقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بأن يصدقها أو يقع في أكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسه اياها لا تحرم على أبيه وابنه الا أن يصدقاه أو يغلب على ظنهما صدقه ثم رأيت عن أبي يوسف أنه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به الاب على الابن ان تعمد الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب عليه الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار بالمس والتقبيل بشهوة ولو أقر بالتقبيل وأنكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى رأيته أفتى في المرأة اذا أخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة أنها تصدق اهـ ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل أنه اذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما أعلم وفي التقبيل اذا أنكر الشهوة اختلف فيه قيل لا يصدق لانه لا يكون الا عن شهوة غالبا فلا يقبل (٢) الا أن يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق أو على الفم فلا والارجح هذا الا أن الخد يتراءى الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما تقام عليه البينة ان هذا المدعى تزوج أمها أو قبلها أو لمسها بشهوة على أن قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه أو في اللمس فقط ان أريد غير الفم ونحوه والحاصل أن الدعوى اذا وافقت الظاهر قبلت والا ردت فيراعى الظاهر وفي المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها الا تحل لابنه وان كانت في غير ملكه تحل لابنه ان كذبه لان الظاهر يشهد له (قوله وقال الشافعي لا تحرم) قيل عليه ان ثبوت

رحمه الله فلا يلحقان به وصورته ان يقبل أمته بشهوة ثم أراد ان يتزوج ابنتها عنده يجوز وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له ان يتزوج ابنتها بناء على أصله ان حرمة المصاهرة تثبت بما يؤثر في اثبات النسب والعدة ولا يؤثران في اثبات النسب والعدة فكذلك في اثبات الحرمة (قوله فيقام مقامه في موضع الاحتياط) وحرمة الفرج مما يحتاط فيها حتى ان شبهة البعضية بسبب الرضاع قامت مقام حقيقة البعضية في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة وكذلك لا يقوم المس أو النظر مقام الوطء في افساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وان قام مقامه في حق اثبات حرمة المصاهرة (قوله هو الصحيح وفي الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترط الانتشار و جعلوا حد الشهوة ان

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار و جعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واختار المصنف قول شمس الائمة السرخسي والمعتبر

(٢) قوله الا أن يظهر الخ حق هذا الاستثناء أن يذكر بعد قوله وقيل يقبل كما لا يخفى اهـ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه

وشيخ الاسلام قال في النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا أو عنينا فحد الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك أو يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو أقرب الى الفقه وقوله (والمعتبر النظر) ظاهر (ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة) وبه كان يفتي شيخ الاسلام الاوزجندي ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب اتيان المرأة في غير مأتاها من الزيادات أن الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة (وهذا أصح لما تبين أنه) أي المس (بالانزال غير مفض الى الوطء) والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى أن تبين بالانزال فان أنزل لم تثبت والا ثبتت لا

والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فأنزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح أنه لا يوجبها لانه بالانزال تبين أنه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر

خلافه مستفاد من المسئلة السابقة بطريق أولى فلا حاجة الى نقله مرة أخرى أجيب بان المس المتكلم فيه هنا مفروض في الحلال وان كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة وحينئذ لا بد من فرض كون الممسوس أمته على ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور اليها يعني التي فيها خلاف الشافعي الامة يعني أمته لانه اما أن يراد المنكوحة أو الاجنبية أو الامة لا سبيل الى الاول لان أم المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس لا أن حرمتهما جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة الا فائدة التحريم في الربيبة دون الام ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي (قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل) وعن أبي يوسف النظر الى منابت الشعر محرم وقال محمد أن ينظر الى الشق وجه ظاهر الرواية أن هذا حكم تعلق بالفرج والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه وان الاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره اهـ ولقائل أن يمنع الثاني ويقول في الاول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من أول الكتاب ما اذا نقل نظيره الى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر الى الخارج وهو قوله ولنا أنه متى وجب الغسل من وجه فالاحتياط في الايجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بان نفس هذا الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط *(فروع)* النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت الحرمة ولو كانت على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كأن العلة والله أعلم أن المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا عللوا الحنث فيما اذا حلف لا ينظر الى وجه فلان فنظره في المرآة أو الماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة والماء وهذا ينفي كون الابصار من المرآة ومن الماء بواسطة انعكاس الاشعة والا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما بخلاف المرئي في الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا فيرى نفس ما فيه وان كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها في ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر ثم شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل فان أنزل قال الاوزجندي وغيره تثبت لان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت والمختار لا تثبت كقول المصنف وشمس الائمة والبزدوي بناء على أن الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر أنه لم ينزل حرمت والا والاستدلال واضح في الكتاب الا أن اقامة السبب اذا نيط الحكم بالمسبب انما تكون لخفاء المسبب والا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة والاولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر واللمس نظرا الى أن الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه وقد روى في الغاية السمعانية حديث أم هانئ عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من نظر الى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وعن عمر أنه جرد جارية ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال أما انها لا تحل لك وهذا ان تم كان دليل أبي يوسف في كون النظر الى منابت الشعر كافيا وعن ابن عمر قال اذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها وعن مسروق أنه قال بيعوا جاريتي هذه أما اني لم أصب منها الا ما يحرمها على ولدي

يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها وهذا اذا كان شابا قادرا على الجماع وان كان شيخا أو عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك ويزداد الاشتهاء ان كان متحركا وكان الفقيه محمد الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير أو العنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة (قوله والصحيح أن لا يوجبها) وقال بعض

أن يكون معناه أن حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال سقط ما ثبت من الحرمة لان موجب المصاهرة اذا ثبت لا يسقط أبدا

قال (واذا طلق امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجزله أن يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن) كالطلاق على مال (أو ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية) لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلابد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله (ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا) انا لانسلم انقطاع النكاح بالكلية فان (النكاح الاول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع) عن الخروج (والفراش) وهو

(واذا طلق امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجزله أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا أن نكاح الاولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك

من المس والقبلة (قوله لم يجزله أن يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها) وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة أختها من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن (وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن جاز) وعلى هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن وبقوله قال مالك وبقولنا قال أحمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس ذكره سليمان بن يسار عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروى مذهبه عن زيد بن ثابت الا أن أبا يوسف ذكر في الامالي رجوع زيد عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي حكى أن مروان شاور الصحابة في هذا فاتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شئ كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على أربع قبل الظهر ثم ان محل النزاع يتجاذبه أصلان الطلاق الرجعي وما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن ويدل على انقطاعه أنه لو وطئها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة بتوالي وجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي الاقيام أحكامه لان لفظ تزوجت وزوجت تلاشى بمجرد انقضائه فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا وامساكا وقد بقي الامساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبقى النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج أختها وأربع سواها من وجه فيحرم مطلقا الحاقا بالرجعي أو بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في أمر الفروج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا أظهر وألزم فان مواصلة أختها في حال حبسها بلا استمتاع أغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا أنكره ففيه دليل على أنه لو ادعى نسبه ثبت ويستلزم أن الوطء في عدة الثلاث ليس زنا مستعقبا

المشايخ تثبت حرمة المصاهرة بالمس وان اتصل به الانزال ووجه ذلك ظاهر فانه تثبت المصاهرة بمجرد المس بشهوة فهذه الزيادة وان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها (قوله كالنفقة والمنع والفراش) المعنى من الفراش هو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه وهذا كذلك مادامت العدة باقية وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز والطلاق البائن الذي هو دون الثلاث عنده انما يكون في الطلاق على مال لاغير لان الكنايات عنده رواجع والخلع فسخ وليس بطلاق فتعين هذا (قوله والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولهذا لو وطئها

صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت نسبه منه فان هذه كذلك مادامت في العدة لانزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله (والحد لا يجب) جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ووجهه أنا لانسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا أنكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا أنكره دليل على أنه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى أن الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه

عبارة كتاب الحدود وهي ما قال أن من طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطء في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا ببقائه في حق التزوج بالاخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الاختين

(قوله كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد) أقول حتى لا يجوز لها أن تتزوج بغيره

قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

لوجوب الحد والا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما ستسمعه وانما قلنا ان أثر النكاح قائم من وجه (١) وبه يقوم هو من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع مائه في رحم أختين لجواز العلوق بعد النكاح ويثبت في المعتدة النسب الى سنتين وهو ممتنع بالحديث اهـ يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكر أيضا *(فروع)* الاول اذا أخبر المطلق عن المطلقة أنها أخبرته أن عدتها انقضت فاما تحتمله المدة أولا لا يصح نكاحه أختها في الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا أن يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول يصح نكاحه أختها سواء سكتت المخبر عنها أو صدقته أو كذبته أو كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاحه أختها لانها أمينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها اذا أتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا أنه أخبر عن أمر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع الا في حقها فقلنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لا حق لها فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا بقيام العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء بنسبه الحكم باسناد العلوق فيتيقن بكذبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق أن الميراث للاولى دون الاخرى ولكن وضع المسئلة فيما اذا كان مريضا حين قال أخبرتني أن عدتها انقضت وكذبته وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها كما في نفقتها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها وتوضيحه أن بقوله ذلك أخبر ان الواقع يعني الطلاق صار بائنا فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث للثانية *الثاني لو أعتق أم ولده لم يحل له تزوج أختها حتى تنقضي عدتها ويحل أربع سواها عنده وعندهما تحل الاخت أيضا قياسا على تزوج الاربع ولان حقيقة الملك لم تمنع فكيف بالعدة وانما هي أثره وأبو حنيفة يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده ألا ترى أنه كان يتمكن من تزوجها قبله لا بعده حتى تنقضي فلو تزوج أختها بعد العتق كان مستلحقا نسب ولدي أختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها اذ غايته أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به *الثالث لزوج المرتدة اذا لحقت بدار الحرب تزوج أختها قبل انقضاء عدتها كما اذا ماتت لانه لا عدة عليها من المسلم للتباين فان عادت مسلمة فاما بعد تزوج الاخت أو قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند أبي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح أختها عنه روايتان وفي الثاني كذلك عند أبي حنيفة لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما

مع العلم بالحرمة يجب الحد ذكر في كتاب الطلاق معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا أنكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا أنكره دليل على انه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لا يثبت به النسب وان ادعى فقد نص في كتاب الحدود ان من طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فصار في حق وجوب الحد لواطئ المطلقة الثلاث روايتان (قوله ولم يرتفع في حق ما ذكرنا) وهو النفقة والمنع والفراش

(١) قوله وبه يقوم هو من وجه سقطت هذه الجملة من بعض النسخ ولتحرر كتبه مصححه

قال (ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) خلافاً لنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات (ولنا أن النكاح ما شرع الا مثمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين). يعنى أنه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضى مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضى مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضى القاهرية والمملوكية تقتضى المقهورية ولا خفاء فى التنافى بينهما واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين ولا تنافى حينئذ وأجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة لجميع أجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة أيضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة وللقائل أن يقول المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث أجزاؤها فاختلفت الجهة وانه فى التنافى والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه فانها تقدر على اتلافه بالاخصاء والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا من حيث فرضته مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافى وأما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فبأنها يعارضها قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم خاطب الله تعالى الموالى بانكاح الاماء لا بنكاحهن فان قيل الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب أن الموضع موضع بيان ما يحتجن اليه من أمر النكاح والسكوت عن البيان فى موضع الحاجة الى البيان (١٣٤) بيان

(ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) لان النكاح ما شرع الا مثمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافى المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة

ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالغيبة ألا ترى أنه يعاد اليها مالها فتعود معتدة (قوله ولا يتزوج المولى أمته) ولو ملك بعضها (ولا المرأة عبدها) وان لم تملك سوى سهم واحد منه وقد حكى فى شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية (قوله لان النكاح ما شرع الا مثمراً ثمرات مشتركة بين المتناكحين) أى فى الملك منها ما تختص هى بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذنها ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار فى المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك فى كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد فى حق الاضافة (والمملوكية تنافى المالكية) فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافى اللازم مناف للملزوم ولا وجه اذا تأملت بعد هذا التقرير

(قوله لان النكاح ما شرع الا مثمراً بثمرات مشتركة بين المتناكحين) للزوج طلب تمكينها من الوطء ودواعيه بغير اختيارها شرعا والمنع عن الخروج والتحصين وما يجب لها عليه نحو طلب النفقة جبرا والقسم والسكنى والمنع عن العزل والقيام فى أمورها الراجعة الى الزوجية (قوله والمملوكية تنافى المالكية)

(قال المصنف ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) أقول قال السروجى فى شرحه لان مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لاصلاح الاخلاق قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء والاسترقاق يقتضى قهر السادات للعبد بالاستيلاء والاستهانة فيتعذر أن تكون زوجة لعبدها وسيدة لتنافى البابين اهـ ونحن نقول ما ذكره بالحقيقة تفصيل ما أجمله المصنف (قوله استدلوا بقوله تعالى الى قوله وقوله تعالى) أقول الآية الاولى والثانية فى سورة النساء (قوله لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما الى قوله وبينهما منافاة) أقول لا يخفى عليك ما فى تقريره من الخلل حيث يلزم منه أن لا يثمر النكاح ثمرات مشتركة بينهما لاستلزامه الجمع بين المتنافيين والاولى أن يقول فلو صح نكاح السيد أمته والسيدة عبدها لكان المملوك المحض لشخص مالكا له وبينهما منافاة فليتأمل فان قلت بم يتخلص فى النكاح عن هذا قلنا باختلاف الجهتين فانه ظاهر فيه ولا يمكن أن يرتكب ذلك فى العبد وسيدته لان العبد مقهور محض لها بالرق فلا يمكن أن يكون قاهرها فليتأمل (قوله واعترض بانهما من جهتين مختلفتين) أقول لان كونها مالكة بجهة ملك اليمين وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة (قوله والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه الخ) أقول فيه بحث فانها لو كانت مالكة منافع بضعه لجاز لها أن تمكن نفسها من عبدها حتى يطأها والمتلف فيما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت استقلالا وأصالة على أن ذلك ليس بصحيح أيضا فانه تقرر فى الاصول أن الرقيق ليس بمملوك فى حكم الحياة والدم بل بمنزلة المبقى على أصل الحرية ولهذا يصح منه الاقرار بالحدود والقصاص والسرقة المستهلكة دل فى التلويح لان الحياة والدم حقه لاحتياجه اليهما فى البقاء ولهذا لا يملك المولى اتلافهما اهـ (قوله فبأنها يعارضها قوله تعالى وأنكحوا الخ) أقول هذه الآية فى سورة النور (قوله فان قيل الآية ساكتة عن بيان نكاحهن الخ) أقول غير المنطوق لا يعارض المنطوق على ما فصل فى موضعه وهذا بعد تسليم ما ذكره وذلك أيضا فيه ما فيه

(ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى

للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الغرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الامور وعلى الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها أو شيأ منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو دان عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين (قوله ويجوز تزويج الكتابيات) والاولى أن لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم الا للضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعى للمقام معها فى دار الحرب وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبى وهى حبلى فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابى من يؤمن بنبى ويقر بكتاب والسامرية من اليهود أما من آمن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال فى المستصفى قالوا هذا يعنى الحل اذا لم يعتقدوا المسيح الها أما اذا اعتقدوه فلا وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب اذا اعتقدوا أن المسيح اله وأن عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغى أن يجوز الاكل والتزوج اهـ وهو موافق لما فى رضاع مبسوط شمس الائمة فى الذبيحة قال ذبيحة النصرانى حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أولا وموافق لاطلاق الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك امتنع ابن عمر رضى الله عنه من تزوج الكتابية مطلقا لاندراجها فى المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى أن قال سبحانه عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا الا كلهم ويهود ديارنا يصرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد وأما النصارى فلم أر الا من يصرح بالابنية قبحهم الله لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل فى أهل الكتاب فأما من أطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك اذا ذكر فى لسان الشارع فلا ينصرف الى أهل الكتاب وان صح لغة فى طائفة بل وطوائف وأطلق لفظ الفعل أعنى يشركون على فعلهم كما أن من راءى بعمله من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح فى حقه أنه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعى اتباع نبى ولا كتاب ولذلك عطفهم عليه فى قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين ونص على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم أى العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد أن المعنى أحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء وان كن أحياء ودخلن فى دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخل فى المحصنات المعطوف عليه وهو قوله تعالى والمحصنات من المؤمنات ثم يصير المعنى فيه

لان المملوكية أثر المقهورية والمالكية أثر القاهرية فبينهما تناف فان قيل انما ثبت التنافى اذا كانا من جهة واحدة وهنا من جهتين مختلفتين فجاز أن يجتمعا وذلك لان المرأة مالكة بجهة ملك اليمين فجاز أن يكون هى مملوكة لعبدها من جهة النكاح كالاب يكون ابنا لابيه قلنا ليس هذا نظيره لان هناك اجتمعت الابوة والبنوة فى شخص واحد لكن باعتبار شخصين مختلفين وهنا فى شخص واحد وهو المرأة باعتبار شخص واحد وهو العبد فيقع التنافى ولان المرأة بجميع اجزائها مالكة لعبدها فلو جاز النكاح يكون بعضها مملوكا للعبد فباعتبار مالكيتها تمتنع عن تسليم بعضها وباعتبار مملوكيتها لا تتمكن من الامتناع فحينئذ تمتنع ولا تمتنع فيتحقق التنافى (قوله ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أى العفائف وانما فسره بهذا احترازا عن قول ابن عمر رضى الله عنهما فانه يفسر المحصنات بالمسلمات فان قيل

(ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) قال المصنف (أى العفائف) فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم أى وأحل لكم المحصنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء فى دلالته على الحل (ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد) يعنى بعد أسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة

(قال المصنف ويجوز تزويج الكتابيات) أقول أى تزوجها أو المراد تزويجها من نفسه (قال المصنف لقوله تعالى والمحصنات الآية) أقول هذه الآية فى سورة المائدة

(ولا يجوز تزويج المجوسيات) لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير نا كحي نسائهم

والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الانسان على التخير لنطفته ألا ترى أن العفة ليست شرطا في المؤمنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح نكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولو سلم فهي منسوخة أعني ولا تنكحوا المشركات نسخت في حق أهل الكتاب الناكثين وغيرهم بآية المائدة وبقي من سواهم تحت المنع ذكره جماعة من أهل التفسير لان سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شئ قط على أن تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير ارادة لا لغة ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين وانما كان غضبه لخلطة الكافرة بالمؤمن وخوف الفتنة على الولد لانه في صغره ألزم لامه ومثله قول مالك تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع لا لعدم الحل ألا ترى الى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف الى زمنه وخطب المغيرة بن شعبة هندا بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت ودير ها باق الى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فأبت وقالت أي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء ولكن أردت أن تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمان بن المنذر فقال صدقت وأنشأ يقول

أدركت ما منيت نفسي خاليا * لله درك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة ذهنه * ان الملوك ذكية الاذهان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها فقالت في أبيات

فبينا نسوس الناس والامر أمرنا * اذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فأف لدنيا لا يدوم نعيمها * تقلب تارات بنا وتصرف

قولها نتنصف أي نستخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المفسرين الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة أو للندب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة وأما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتي الخلاف فيها (قوله ولا يجوز تزويج المجوسيات) عليه الاربعة ونقل الجواز عن داود وأبي ثور ونقله اسحق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه فاسري بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشئ لانا نعني بالمجوس عبدة النار فكونهم كان لهم كتاب أولا لا أثر له فان الحاصل أنهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من أهل الكتاب بانه يخالف قوله تعالى انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس يقتضي أنهم ثلاث

(ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب) أي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء

أهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف أن اسم المشرك يقع على أهل الكتاب ثم ذكر بعد هذا في الكتاب ولا يجوز تزويج المجوسيات ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فلم يجز هناك نكاح أهل الشرك لاشراكهم وقد أجاز هنا نكاح أهل الكتاب فما وجه التوفيق قلنا فيه وجهان أحدهما ما ذكره في المبسوط ان اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا فان الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين فعلم ان معنى الاشراك صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت بوجوده وكان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز ذلك ويقول ان الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فكان قوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اللاتي أسلمن من أهل الكتاب ولسنا نأخذ بهذا لما ذكرنا ان الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب ولانا لو حملنا الآية على ما قال ابن عمر رضي الله عنهما لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية

ولا

في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (ولا) يجوز تزويج (الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها واعترض بان أهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف أن اسم أهل الشرك يقع على أهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله تعالى ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيرا وفي قوله لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان أربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم ذلك أربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم أربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونهم تعظيم الارباب فان قلت فما تقول في تأويل ابن عمر لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات باللاتي أسلمن من أهل الكتاب قلت لسنا نأخذ به لعرائه اذ ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية أيضا اذا أسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة أنه تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك

ولا آكلي ذبائحهم قال (ولا الوثنيات) لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

طوائف وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان أخرجوا عن كونهم أهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها قيس عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الحديث الى أن قال بان لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي وروى مالك في موطئه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذكر المجوس فقال ما أدري ما أصنع في أمرهم فقال عبد الرحمن بن عوف أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب اهـ وسيأتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية ان شاء الله تعالى (قوله ولا الوثنيات) وهو بالاجماع والنص ويدخل في عبدة الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وقال الرستغفني لا تجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال (١) والفضلي ولا من قال أنا مؤمن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحة الشافعية واختلف فيها هكذا قيل يجوز وقيل يتزوج بنتهم ولا يزوجهم بنته ولا يخفى أن من قال أنا مؤمن ان شاء الله تعالى فانما يريد ايمان الموافاة صرحوا به يعنون الذي يقبض عليه العبد لانه اخبار عن نفسه بفعل في المستقبل أو استصحابه اليه فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشئ اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله وعلى هذا

اذا أسلمت حل نكاحها أيضا وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رضي الله عنه والثاني ما ذكره أهل التفسير قالوا ولا تنكحوا المشركات الآية منسوخة بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فان سورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شئ وهو قول ابن عباس والاوزاعي رضي الله تعالى عنهم (قوله سنوا بهم سنة أهل الكتاب) أي اسلكوا بهم طريقتهم

(قال المصنف لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات الآية) أقول هذه الآية في سورة البقرة في الحزب الثالث من الجزء الثاني (قوله واعترض بان أهل الكتاب مشركون الى قوله والجواب) أقول وأجاب في الكشاف بان آية البقرة منسوخة بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وسورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شئ قط (قوله قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله الآية) أقول هذه الآية في سورة التوبة (قوله والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب الخ) أقول انما يصار الى ارتكاب المجاز في الآية لو كانت دلالة العطف على المغايرة أقوى من دلالتها على الاتحاد مع أن قوله تعالى ان الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء وقوله تعالى لقد كفر الذين قالوا ان الله ثالث ثلاثة وما من اله الا اله واحد يدل على أنهم مشركون وتقرير النهاية أوضح منه حيث قال علم من العطف أن معنى الاشراك صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت لوجوده وفي فتح القدير المعهود من ارادة الشارع بالمشرك من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليهم في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب الآية (قوله فان قلت فما تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنهما) أقول فيه بحث فان تأويل ابن عمر رضي الله عنهما ليس في قوله تعالى والمحصنات من المؤمنات بل في قوله عز وجل والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب

(١) قوله والفضلي هو معطوف على الرستغفني كما هو ظاهر كذا بخط العلامة البحراوي

قال (ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي) الصابئات من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح أنهم جنس من أهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين وقوله (والخلاف المنقول فيه) يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه أن أنكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما (محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب بما وقع عنده) وقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة

في الاستقبال اليها ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذا الاختلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به أبو حنيفة جازت مناكحتهم عندهما أيضا وان كانوا كما قالا فلا تجوز مناكحتهم عنده أيضا وحكم ذبيحتهم على هذا قال (ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له ماروى عن عثمان بن عفان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ولنا ماروى ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم) قال أبو عيسى الترمذي حديث ابن عباس حسن صحيح فان قلت النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياسا على الوطء اذا كان الحديثان متعارضين قلت ماروا‌ه محمول على الوطء أي لا يطأ ولا تمكنه المرأة أن يطاها كما هو فعل البعض وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد

(ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب) لانهم من أهل الكتاب (وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم) لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب على ماوقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم قال (ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حالة الاحرام) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ماروى أنه صلى الله عليه وسلم تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطء

فيكون قوله ان شاء الله شرطا لا كما يقال انه لمجرد التبرك وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره فغير أنه عندنا خلاف الاولى لان تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من ادخال أداة التردد في أنه هل يكون مؤمنا عند الموافاة أولا وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير أهل القبلة وان وقع الزاما في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ماصرح به المحققون وأقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفي الاختيار *(فرع)* تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودي نصرانية أو مجوسية والمجوسي يهودية أو نصرانية لانهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كأهل المذاهب من المسلمين وأجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار وطء المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق في سبايا العرب كأوطاس وغيرها وهن مشركات والمذهب عندنا وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما أن يراد الوطء أو كل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سياق النفي أو خاص في الضم وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا أوطاس أسلمن (قوله ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب) وان عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة بهذا فسرهم أبو حنيفة فبني عليه الحل وفسراهم بعبدة الكواكب فبنيا عليه الحرمة وقيل فيهم الطائفتان وقيل فيهم غير ذلك فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم (قوله للمحرم والمحرمة أن يتزوجا حالة الاحرام) وفيه خلاف الثلاثة (وتزويج الولي المحرم موليته على هذا الخلاف)

يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان بأخذ الجزية منهم كذا في المغرب (قوله ويجوز تزويج الصابئات) وهي من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة كذا في الكشاف (قوله فكل أجاب على ماوقع عنده) وقع عند أبي حنيفة رحمه الله انهم قوم من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلا تعظيمهم لبعض الملائكة عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان (قوله وما رواه محمول على الوطء) أي لا يطأ ولا تمكن المرأة من الوطء وقيل هو اخبار عن معتاد أحوال المحرمين انهم في احرامهم لا يشتغلون بالانكاح والنكاح بل هم يشتغلون بامور المناسك من الوقوف والطواف والسعي والرمي كما قال الحاج الشعث التفل أي لا يشتغلون بالاغتسال شغلا باعمال الحج وان كان الاغتسال بالماء القراح لا بأس به فكذلك أمر النكاح لانه عقد يصار اليه عند

(قوله فان قلت النكاح مما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياسا على الوطء الخ) أقول اذا نزل منزلة الوطء نفسه يكون أثره في افساد الحج لا في بطلان العقد (قوله قلت ماروا‌ه محمول على الوطء الى قوله وهو فاسد) أقول مع أن القياس غير صحيح والقياس الصحيح معنا لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الاحرام قال الاتقاني قوله ما رواه محمول على الوطء أي لا يطأ المحرم ولا تمكنه المحرمة من نفسها التوطأ ولا يخطب أي لا يلتمس الوطء اه ولا يلزم أن يكون ولا تنكح بالتاء لان المحرم يتناول المحرمة

تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخاري عن أبان بن عثمان بن عفان قال سمعت أبي عثمان بن عفان يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وأبو داود في رواية ولا يخطب وزاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب عليه وفي موطأ مالك عن داود بن الحصين أن أبا غطفان المري أخبره أن أباه طريفا تزوج امرأة وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه ولنا مارواه الائمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم زاد البخاري في جامعه في باب عمرة القضاء في كتاب المغازي وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وله أيضا عنه ولم يصل سنده به قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة رضي الله عنها في عمرة القضاء وما عن يزيد بن الاصم أنه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي وأيضا لا يقاوم بابن عباس حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار للزهري ومايدري ابن الاصم أعرابي كذا وكذا الشيء قاله أتجعله مثل ابن عباس وماروي عن أبي رافع أنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين وان روي في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم أحدا أسنده غير حماد عن مطر وماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعد مااشتهر الى أن كاد أن يبلغ اليقين عنه في خلافه ولذا بعد أن أخرج الطبراني ذلك عارضه بان أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنه من خمسة عشر طريقا أنه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وهما محرمان وقال هذا هو الصحيح وما أول به حديث ابن عباس بان المعنى وهو في الحرم فانه يقال أنجد اذا دخل أرض نجد وأحرم اذا دخل أرض الحرم بعيد ومما يبعده حديث البخاري تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال والحاصل أنه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الاصم وأبان بن عثمان بن عفان وحديث ابن عباس أقوى منهما سندا فان رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا ويعضده ماقال الطحاوي روى أبو عوانة عن مغيرة عن أبي الضحى عن مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه وهو محرم قال ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم اه وهذا الحديث أخرجه أيضا البزار قال السهيلي انما أرادت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها أو بقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر ابن زيد وان تركناها تتساقط للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنا لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته أن ينزل منزلة نفس الوطء وأثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه وأيضا لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة سابقا الطروء الاحرام لان المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنا لان رواية ابن عباس رضي الله عنهما نافية ورواية يزيد مثبتة لما عرف أن المثبت هو الذي يثبت أمرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطارئ على الاحرام كذلك والنافي هو المبقيها لانه ينفي طروء طارئ ولا شك أن الاحرام أصل بالنسبة الى الحل الطارئ عليه ثم ان له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس مايعرف بدليله فيعارض الاثبات فيرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق وأما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات أنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحرث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد ناف فيرجح حديث ابن عباس بذات المتن لترجح المثبت على النافي ولو عارضه بان كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لان حالة الحل تعرف أيضا

أيضا لكونه في تأويل من يحرم أو الشخص فتأمل

الفراغ لما فيه من الخطبة والخطبة مراودات ودعوات واجتماعات لا تتحقق الا عند الفراغ واذا حمل على وفاق العادة لم يتعلق به حكم والاوجه أن يقال أن الحديث روي بالنهي مجزوما وهو اختيار الخطابي والنهي

(ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت أو كتابية) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر أن يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة

بالدليل وهي هيئة الجلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن وان وفقنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزوج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على نهي التحريم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص أي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بان التمكين من الوطء لا يسمى نكاحا مع أن لازم الانكاح لا النكاح وأما استبعاده باختلاله عربية فليس بواقع لان غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره أكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التاويل أو على نهي الكراهية جمعا بين الدلائل وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة وهو عليه الصلاة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله (قوله ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت أو كتابية الخ) قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية فكان الصواب ابداله بالمسلم وعن مالك وأحمد كقوله وعنهما كقولنا له قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات الآية استفيد منها عدة أحكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في قوله من فتياتكم المؤمنات وأيضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حالة الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لاطلاق المقتضى من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وأحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكر واحجة مخرجة أما أولا فالمفهومان أعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول وأما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهوم من عدم الاباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح وعدم الاباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ولا دلالة للاعم على أخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أدل فتعينت فقلنا بها أو بالكراهة صرح في البدائع وأما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على أصول شتى أو لتعيين أحد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم مرادا بالاعم فان عنوا أن فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد

يكون للتنزيه يحمل عليه توفيقا بين الحديثين ولئن روى منفيا فالنفي يجيء بمعنى النهي (قوله لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده) حتى لا يجوز للحران يتزوج أكثر من واحدة ولا يجوز نكاحها عند طول الحرة ولا يجوز نكاحها الا عند خوف العنت وهو الزنا (قوله لما فيه من تعريض الجزء على الرق) لان الولد جزء منه وهو تابع للام في الرق والارقاق اهلاك حكما لان الرقيق كالهالك والرق أثر الكفر وهو موت قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه أي كافرا فهديناه ولهذا كان الاعتاق احياء قال عليه السلام لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وهذا لان الاب سبب لحياته فانما يصير مجازيا له اذا تسبب لحياته وذا بالشراء والاهلاك حكما كالاهلاك حقيقة الا انه اذا خشي العنت أبيح له ضرورة وصيانة لنفسه عن

(ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت أو كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق) اذ الولد يتبع الام في الرق وما يثبت لضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية

ولهذا

(ولهذا) أي ولكونه ضروريا عنده (جعل طول الحرة مانعا منه) أي تزوج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة (وعندنا جواز نكاح الامة مطلق) مسلمة كانت أو كتابية (لاطلاق المقتضى) وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وأحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذي هو أبداه وهو تعريض الجزء على الرق (لان فيه) أي في الاقدام على نكاح الامة (امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه) لانه لم يوجد بعد وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لان له أن لا يحصل الاصل بالعزل برضا المرأة وبتزوج العجوز والعقيم فلأن يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة أولى (ولا يتزوج أمة على حرة) سواء كان حرا أو عبدا وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضا الحرة وجه قول الشافعي أن تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع أجزائه ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد أسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرأي في مقابلة النص

ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضى وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله أن لا يحصل الاصل فيكون له أن لا يحصل الوصف (ولا يتزوج أمة على حرة) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد

باعتبار أمه ان كانت حرة فحر أو رقيقة فرقيق وان أرادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لان يقارنه الرق في الوجود لا ارقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة وهذا لانه كان له أن لا يحصل الولد أصلا بنكاح الآيسة ونحوها فلان يكون له أن يحصله رقيقا بعد كونه مسلما أولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب أن يعترف له به وهذا ثابت بالولد المسلم والحرية مع ذلك كمال يرجع أكثره الى أمر دنيوي وقد جاز للعبد أن يتزوج أمتين بالاتفاق مع أن فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة وكون العبد أبا لا أثر له في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان ولده حرا والمانع انما يعقل كونه ذات الرق لانه هو الموجب للنقص الذي جعلوه محرما لا مع قيد حرية الاب فوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم لو صح ذلك التعليل أعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط أن لا تكون جارية ابنه أي ملك الابن قال في خلاصتهم لو أنه استولدها قبل النكاح صارت أم ولده فنزل ملك ولده منزلة ملكه وعندنا الاملاك للاب من وجه أصلا والا لحرمت على الابن (قوله ولا يتزوج أمة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة) أخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد اثنتان الحديث الى أن قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف وأخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضا مرسلا وكذا رواه ابن أبي شيبة عنه وأخرج عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه وأخرج ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه لا تنكح الامة على الحرة وأخرج عن ابن مسعود نحوه وأخرج ابن أبي شيبة حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم تقوي الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان اختلفت طرق اضافتهم فان الثلاثة أضافوه الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك أن تزوج الامة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله (وهو حجة على الشافعي في اجازة ذلك للعبد) يعني حجة جبرا لانا أقمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ولانه يرى حجيته اذا اقترن باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد ثبت ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا أفتى به جماعة من أهل العلم وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا له فان وجد ما يوافق ما روى عن رسول الله صلى الله

الزنا لان الاجتناب عنه فرض عليه فسقط حرمة الارقاق لذلك وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة فلا تباح الكتابية (قوله لاطلاق النصوص المقتضى) فانكحوا ما طاب لكم وأحل لكم ما وراء ذلكم (قوله وفيه امتناع)

غير معتبر فان قلت جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت أو كتابية باطلاق المقتضى على ما تلوتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا هنالك لوجود المقتضى وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضى موجودا لكن المانع غير منتف

(قال المصنف ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه) أقول وفيه بحث لان ذلك لمفهوم الشرط عنده

وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله (ولان للرق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرر في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام) ولا علينا أن نقرره ههنا وتقريره (١٤٢) أن الحل الذي ينبني عليه عقد النكاح نعمة جديدة في جانب الرجال والنساء جميعا

وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة ولان للرق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام (ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله صلى الله عليه وسلم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها

عليه وسلم كانت هذه دلالة على أنه لم يرسل الا عن أصل يصح ان شاء الله وكذلك ان وجد عوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اه وبه يخص قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم اذ قد أخرج منه ماقدمنا وفيه نظر فان اخراج المشركات والمجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد أو قياس وما قيل انه مخصوص منه الجمع بين الاختين فغلط لان قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم لم يتناول الجمع ليتحقق اخراجه لانه مما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال وأحل لكم ماوراء ذلكم أي ماوراء المذكورات فلم يتناوله أصلا واذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فاخراجه يستدعى تناولا لم يثبت اذ اضافة اخراجه الى تخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحرمة نكاح الامة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها الا ان المعقول تأثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول (قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة) مالك رحمه الله يقول بحجية المرسل اذا صح طريقه الى التابعي لكنه علله باغاظة الحرة بادخال ناقصة الحال عليها فاذا رضيت انتفى ما لاجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخصص النص فان لم يكن منصوصا ولا مومى اليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف في أحوال نكاح الامة بيانه أن الحل الثابت في النكاح نعمة وتبين أن لرق منصفا ماذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على أنه لو قيل بل نصف الحل أيضا وهو تنصيف القسم اذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها الا مكن فيظهر أن حكم هذا الحديث لارادة تنصيف الاحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك أن لنكاحها حالتي انضمام الى نكاح حرة سابقة وانفراد عنه فالتنصيف اذا كان امكان الحالتين قائما بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام الى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام الى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الاحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة دخلا أيضا أما أصل غيظها فلا أثر له فانه يحصل بادخال الحرة أيضا على الامة وعلى هذا التقرير يندفع من الاصل ما يورد من أن الانضمام يصدق على ما اذا أدخل الحرة أيضا على الامة فيلزم أن يفسد نكاح الامة بادخال الحرة عليها ويجاب بان الانضمام يقوم بالمتأخر لانه المنضم الى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع ادخال الامة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة

أي في الاقدام على نكاح الامة امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وقوله وفيه ارقاق قلنا ان ارقاق الولد ولا ولد محال وبعد ما حدث لا يصدر منه شئ حتى يقال بانه ارقاق فعلم انه ليس فيه ارقاق الولد ولئن قال فيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر قلنا هذا ليس بحرام لانه بسبيل من ان لا يحصل الاصل بالامتناع عن النكاح فلان يكون بسبيل من أن لا يحصل الوصف أولى على انا لا نسلم ان الارقاق حرام وهذا لان الارقاق دون التضييع لان فيه تضييع النسل أصلا وفي الارقاق تضييع صفة الحرية دون النسل وذا جائز بالعزل باذن الحرة فالارقاق أولى فكذا اذا تزوج أمة ثم حرة فان نكاح الامة لا يبطل وقد استغنى عن ارقاق الولد بالحرة (قوله ولان للرق أثرا في تنصيف النعمة) الحل الذي بني عليه النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء ثم

وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر أربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلاث حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحال الواحدة لا تحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضى فتأمل فانه غريب (ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها) فجاز العمل باطلاق المقتضى عند انتفاء المانع

(قوله وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله ولان للرق أثرا في تنصيف النعمة الخ) أقول فعلى هذا يكون مجموع الحديث وكون الرق منصفا دليلا واحدا على المطلوب وظاهر كلام المصنف خلافه (قوله وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف الى قوله فتأمل فانه غريب) أقول فيه بحث

فان

(فان تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما) ووجه الجانبين على ما ذكر في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن فانهما لم يجوزاه كأبي حنيفة وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هنالك الجمع فاذا تزوجها في عدة أختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز وأما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد (١٤٣) البينونة ولقائل أن يقول نكاح الاولى قائم

(فان تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما) لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها (وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والاماء وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه

يثبت لنسله حق الحرية وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عقدة فيجتمع في الامة محرم ومبيح فتحرم واعلم أن التعليل في الاصل انما هو للقياس ويستدعى أصلا يلحق به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة (قوله فان تزوج أمة على حرة الخ) وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لان في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الامة اتفاقا وقولهما قول ابن أبي ليلى لان المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالاخت في عدة الاخت والاحرم ادخال الحرة عليها بل تزوج الامة على الحرة وهو منتف لا يقال تزوج عليها اذا تزوج وهي مبانة معتدة ولذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث وكذا اجاز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ولابي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يعد قائما من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لان الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطا وأما جواز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل انما هو قولهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه وأما مسئلة اليمين فانما لا يحنث فيها للعلم بان المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم ولان العرف أن لا يسمى متزوجا عليها بعد الابانة الا اذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة (قوله من الحرائر والاماء) أي جمعا وتفريقا الا أن في الجمع انما يجوز اذا أخر الحرائر (قوله وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) اتفق عليه الائمة الاربعة وجمهور

يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى ينكح العبد ثنتين والحر أربعا فكذا يتنصف برق المرأة ولا يمكن اظهار التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحال والاحوال ثلاث تقدم وتأخر وقران فصح متقدما لا متأخرا وبطل مقارنا لانه لا يحتمل التجزى فغلب التحريم كالطلاق الثلاث والاقراء أو نقول في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فثبت الحل في حالة الانفراد دون الانضمام (قوله ويجوز عندهما) لان هذا ليس بتزويج عليها فان قيل اذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن لا يجوز عندهما أيضا فلم جاز تزوج الامة في عدة الحرة ولا يجوز الجمع في المسئلتين بتزوج الاخت على أختها وكذا تزوج الامة على الحرة قلنا انهما يقولان ان المحرم هنالك الجمع فاذا تزوجها في عدة أختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز وأما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة (قوله ولا يجوز ان يتزوج أكثر من ذلك لقوله

ما دامت في العدة أولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرق آخر أضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره قال (وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والاماء) أو منهما الا اذا قدم الامة على الحرة (ولا يجوز أكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) نص على العدد (والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه) وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشئ بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم سلمنا أنه عدد ولكن لا نسلم أن التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من نجس من بول وغائط وقئ ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر

أيضا مع أنه عليه السلام نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول أنه بحسب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني بأن معناه انما يغسل الثوب من نجس مما يخرج من بدن الآدمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو مقتصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لما أن الواو للجمع أجيب بأن هذا الوهم هو الذي أوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة أو ازديادهم عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى معنى العدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الاعداد قال الفراء

وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج الأمة واحدة لانه ضروري عنده

المسلمين وأما الجواري فله ماشاء منهن وفي الفتاوى رجل له أربع نسوة وألف جارية أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل آخر يخاف عليه الكفر وقالوا اذا ترك أن يتزوج كي لا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده كان مأجورا وأجاز الروافض تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن أبي ليلى وأجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن بعض الناس اباحة أي عدد شاء بلا حصر وجه الاول أنه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع وجه الثاني ذلك الا أن مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ماعرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكان وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ماطاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى آخره تعداد عرفي له لا قيد كما يقال خذ من البحر ماشئت قربة وقربتين وثلاثا ويخص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم أن آية الاحلال ههنا وهي قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء لم تسق الا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكره هنا معقبا بالعدد ليس الا لبيان قصر الحل عليه أوهي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى مالا يقف وكذا ثلاث في ثلاثة ثلاثة ومثله رباع في أربعة أربعة فيؤدي التركيب على هذا ماطاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد أو على التفريق وثلاثا ثلاثا جمعا أو تفريقا وأربعا أربعا كذلك ثم هو قيد في الحل على ماذكرنا فانتهى الحل الى أربع مخير فيهن بين الجمع والتفريق وأما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لان أقل مايتصور بالواحدة فحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه يتم جواب الفريقين أو نقول عرف حل الواحدة بقوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة فكان العدد على الوجه الذي ذكرناه للاعند عدم خوف الجور ثم أفاد أن عند خوفه يقصر الحل على واحدة وانما لم يعطف بأو فيقال أو ثلاث أو رباع لانه لو ذكر بأو لكان الاحلال مقتصرا على أحد هذه الاعداد وليس بمراد بل المراد أن لهم أن يحصلوا هذه الاعداد ان شاؤا بطريق التثنية وان شاؤا بطريق التثليث وان شاؤا بطريق التربيع فانتفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة ويدل على الخصوصية ماروى الترمذي عن عبد الله بن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا ومثله وقع لفيروز الديلمي وقيس بن حارثة والمراد من قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور يعني التنصيص على هذا العدد فكان اللام للعهد الذكري أو الحضوري وانما كان هذا العدد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث ألحق بها اليمين والنذر والعتق لوقوعه حالا قيدا في الاحلال على ماقررناه وبه يندفع الايراد بانه من حيث هو عدد لا يمنع كما

تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) والمراد أحد هذه الاعداد بالاجماع وعن ابن أبي ليلى وابراهيم النخعي رحمهما الله وبعض الروافض انه يجوز الجمع بين تسع نسوة تمسكا بهذا النص والجواب عنه ان العبارة عن التسع بهذا من الجهل والسخف فان من أراد أن يقول اعط فلانا تسعة دراهم فقال اعطه درهمين وثلاثة وأربعة كان سخيفا جاهلا فعلم انه أراد اثنين اثنين وثلاثا ثلاثا وأربعا أربعا كقوله تعالى أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع تحقيقه ان الله تعالى أباح كل جملة موصوفا بصفة الاولى بكونها مثنى والثانية بكونها ثلاث والثالثة بكونها رباع . انما يصير كل جملة موصوفا بالوصف الذي وصفه الله تعالى اذا كان المراد أحد هذه الاعداد اما اذا أريد به الجمع لا يصير كل جملة موصوفا بما وصفها الله تعالى به فان الاثنين اذا جمع بالثلاث يكون خماسا واذا جمع بين الثلاث والرباع يكون سباعا فعلمنا بدلالة هذه الصفات

لا وجه لحل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الثقفي وبين مازاد على الاربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن أحد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا هذا أنه جمع بين اكثر من أربع نسوة نكاحا (وقال الشافعي لا يتزوج الأمة واحدة لانه) أي نكاح الامة (ضروري) في حق الحر (عنده) كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة

والحجة

والحجة عليه ماتلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين) وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا أن الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر أربعا اظهارا لشرف الحرية قال (فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال (فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

ذكرنا والحاصل أنه قد تمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلاة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الآية وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا أو النقص فقط كما في أقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل لخوارج كمنع الزيادة هنا التقييد الحل وفي كل موضع يطلب السبب (قوله والحجة عليه ماتلوناه) وهو عموم ماطاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تنافي الامة مع أن المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء أكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ماقال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي أن لا يذكر المنكوحة أصلا والعناية به أن يراد المنكوحة بالقوة أي التي يريد أن ينكحها ينتظمها الخ (قوله لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لان السبي لا يوقع الفرقة بين المسبي وزوجته فعلم أنه لا يملك الا من حيث هو مال وبدليل أنه يملك أصل النكاح (١) بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المالي فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول أن السبي أحد أسباب ملك الرقبة فمحله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثاني أن ملك أصل الشيء لا يمنع التنصيف اذا تحقق مايوجبه كالامة تملك طلب أصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها (قوله ولنا أن الرق منصف) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة بالاستمتاع وقد نصف الرق للمرأة مالها من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وأمة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلما نصف رقها مالها وجب أن ينصف رقه ماله وللحر تزوج أربع وللعبد ثنتان بقي أن يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار (قوله فان تزوج حبلى من زنا) من غيره (جاز النكاح) خلافا لابي يوسف وقول الشافعي رحمه الله كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول أبي يوسف أما لو كان الحبل من زنا منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطؤها عند الكل واذا جاز في الخلافية عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول أوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعلها الزنا وعن محمد كقول أبي يوسف وكما لا يباح وطؤها لا يباح دواعيه وقيل لا باس بوطئها ونقل عن الشافعي كأنه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطؤها في الحال مع احتمال العلوق فعلم أن العلوق من الزنا لا يمنع الوطء والا لمنع مع تجويزه في مقام

ان المراد هو التخيير بين هذه الاعداد لا الجمع (قوله ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين) المكاتب والمدبر وابن أم الولد في هذا كالعبد لان الرق المنصف للحل قائم فيهم كذا في المبسوط (قوله وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح) وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز لابي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل

(والحجة عليه ماتلونا) يعني قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لانه يملك أصل النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما أنه لا يملك المال ولهذا قال جاز له أن يتزوج بغير اذن مولاه كما أن له أن يطلق بغير اذنه (ولنا أن الرق منصف) على ماسيجيء في الطلاق كما وعده المصنف (فيتزوج العبد اثنتين والحر أربعا اظهارا لشرف الحرية) وتملكه أصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم ويتنصف قسمها وقوله (فان طلق الحر) ظاهر

(١) قوله بالاذن الموافق لما في المصنف بغير اذن ولعله تحريف تامل فالحاصل أن الصواب بلا اذن بدليل مابعده اه كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه

وقال أبو يوسف رحمه الله النكاح فاسد (وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع) لابي يوسف رحمه الله أن الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لاجناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره

الاحتياط واليه بشي لان الفرق بين المحقق والموهوم في الشغل الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصارى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن (قوله أن الامتناع في الاصل) يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنا على الحامل بثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليهما فعين علة الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل أنه لا يجوز اسقاطه وانه لاجناية منه فيمنع الملك واستدل المصنف رحمه الله بعموم وأحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم أنه يرد من قبل أبي يوسف أن هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم أن علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يزاد أيضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطء لحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض انما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه أو في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا أن أبا يوسف رحمه الله يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لحقه لجاز بامره فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مغالطة تخيل أن حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته أن الشارع أثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا أن هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وأما على ظاهر المذهب فلا فالمطرد ما ذكرنا (١) على ما هو رواية الحسن أنسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء * واعلم أن في سنن أبي داود عن رجل من الانصار يقال له نضرة بن أكثم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امرأة على أنها بكر في سترها فدخلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بيننا وقال اذا وضعت فحدوها وهو ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنا لقوله وفرق بيننا الا أن يحمل على تفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى أن تلد مع أن فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا أن يحمل على ارادة أنه يصير يخدمك وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو أولى لاستبعاد ارادة جعل الولد عبدا يبيعه الزوج بالنسبة الى مقابله لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا لان الظاهر أنه انما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيه اذا كان مع أمه عنده وهذا كله اذا ثبت هذا الحديث

أي فيما اذا كان الحمل ثابت النسب لحرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم (قوله وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره) فان الحمل يزداد سمعه وبصره حدة بالوطء كما ورد في الحديث وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولا نفقة لها وقيل لها ذلك ولا يباح وطؤها ولا دواعيه وعدتها بوضع الحمل وقيل لا بأس بوطئها بخلاف الامة الحامل من الزنا لا يقربها المولى قبل الوضع وكذا الخلاف لو زوجت نفسها من الزاني ولم يقر الزاني بان الحبل منه فان أقر صح النكاح وعند الكل يستحق النفقة لانه غير ممنوع عن وطئها

قال (فان تزوج حبلى من الزنا) الحامل اذا تزوجت فاما أن يكون الحمل ثابت النسب أولا فان كان الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال أبو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها (وقال أبو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل) أي في الحمل الثابت بالنسب انما كان (لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لاجناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه) والحاصل أنه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة الحمل (ولهما أنها من المحللات بالنص) وهو قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص قلت لكان قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها أجاب بقوله (وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره) وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح

(١) قوله على ما هو رواية الحسن الى قوله واعلم هذه زيادة ثبتت في بعض النسخ فحررها كتبه مصححه

والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني (فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد) لانه ثابت النسب (وان زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل) لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل

(قوله فالنكاح باطل) وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع (قوله لانها فراش لمولاها) لثبوت حد الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا أتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء (قوله الا أنه غير متأكد الخ) جواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم يجز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل فاجاب بان فراشها غير متأكد ويتأكد باتصال الحبل بها منه فان الحبل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتهض سببا للمنع بخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان فظهر أن المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة أو بالحبل قالوا الفرش ثلاثة قوى وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان ومتوسط وهو فراش أم الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها أمومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية بصريحه أن الامة ليست بفراش أصلا على ما ذكره في المسئلة التي تلي هذه وعلله بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله (فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة) فيلزم اما انحصاره في الفراش القوى والضعيف واما اعتبار الفرش الثلاثة في أم الولد والمنكوحة فام الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوى وهو الاوجه وأورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان النسب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت باولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم أجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسئلة أن الحمل منه حيث قال رجل زوج أم ولد وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج أم ولده وهي حامل قبل أن يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا

(قوله لانها فراش لمولاها) اعلم أن الفراش على ثلاثة أنواع قوى وضعيف ومتوسط فالقوى فراش النكاح ولهذا لو جاءت المنكوحة بولد ثبت النسب من غير دعوى ولو نفاه الزوج لا ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والمتوسط فراش أم الولد حتى لو جاءت بولد ثبت من المولى من غير دعوى ولو نفاه ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من المولى من غير دعوى

كما في حالة الحيض والنفاس وقوله (والامتناع في ثابت النسب) جواب عن قياس أبي يوسف وتقريره لا نسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو (لحق صاحب الماء ولا حرمة لماء الزاني) وقوله (فان تزوج حاملا من السبي) صورته أن تسبي الحربية حاملا فيريد السابي أن يتزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله (وان زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها) لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه سبب الحرمة في المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا أيضا أجاب بقوله (الا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان) وكان فراشا ضعيفا (فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل) لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التأكد فان قيل اذا كان غير متأكد وينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم أجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج أم ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا أقر به وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفاسد ثمة الباطل أيضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمين أهون أما في الحمل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر وأما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها

(قوله لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما) أقول فيه أنه لما لم يكن لصاحب الماء فينبغي أن يجوز النكاح (قوله لانها فراش لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه) أقول فينبغي التأويل في قوله لانها فراش

قال (ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح) لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا أن عليه ان يستبرئها صيانة لمائه، واذا جاز النكاح (فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا

(قوله ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها) هذا تعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي أن وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في أم الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه أو بالتأكد لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة (قوله الا أن عليه أن يستبرئها) أي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المصنف وصرح الولوالجي بالاستحباب (قوله واذا جاز) يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في قول محمد لا أحب له أي للزوج أن يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل أن يستبرئها فلو استبرأها قبل أن يتزوجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد وفق بعض المشايخ بان محمدا رحمه الله نفى الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهما على الاستحباب فلا نزاع فان لفظه في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطئ جاريته ثم زوجها قال للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها وقال محمد احب له أن لا يطأها حتى يستبرئها اه وليس فيه استبراء المولى أصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قيل قوله تفسير لقول أبي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصريح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا يخالفه ثم القياس المذكور لمحمد انما مقتضاه وجوب الاستبراء فان أصل قياسه الشراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه وجوب الاستبراء فان كان المصنف أخذه من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب وغاية الامر أن قوله أحب الى ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده الوجوب فاعتباره أولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى أبعد من اطلاق أحب أن يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون أكره كذا في التحريم أو كراهة التحريم وأحب مقابله فجاز أن يطلق في مقابله وهو الوجوب ثم لو أورد على محمد رحمه الله أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له أن يجيب بان ذلك في غير الفروج أما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلق الوجوب ومنه نفس أصل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس الا توهم الشغل بالماء الحلال واعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة (قوله ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ) أورد عليه أنه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنا ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة أجوبة جواب صاحب النهاية بأنه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم الا أن الوطء هناك حرم لوجود الشغل حقيقة كي لا يسقي ماءه زرع غيره فلم

(قوله الا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه) أي الاستبراء على المولى بطريق الاستحباب دون الحتم الخلاف في استبراء الزوج فيما اذا لم يستبرئ المولى أما اذا استبرأ المولى ثم زوجها فانه يجوز لوطء قبل الاستبراء بالاتفاق وذكر الامام المحبوبي من المشايخ من قال لا خلاف بينهم في الحاصل فان أبا حنيفة رحمه الله قال للزوج أن يطأ بغير استبراء ولم يقل لا يستحب ومحمد رحمه الله أيضا لم يقل هو واجب ولكنه قال لا أحب أن يطأها وعند زفر رحمه الله لا يجوز للرجل أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله انه لا يجوز نكاح الزانية بعد الزنا الا بعد ان تحيض ثلاث حيض لان العدة تجب عنده حلالا كان أو حراما قال الفقيه أبو الليث رحمه الله

(ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها) اعلم حد الفراش الذي ذكرناه (فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا أن عليه) أي على المولى أن (يستبرئها) قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف فيقال انه أراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب (واذا جاز النكاح جاز للزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى) ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراما فاذا احتمل ذلك ثبت التنزه (كما في الشراء) فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح أورث ضعفا في السبب

(قوله معنى عليه الاستحباب الخ) أقول أي معنى لفظ عليه الاستحباب دون الوجوب الا أنه سيجيء في باب نكاح أهل الشرك التصريح من الشراح بوجوب الاستبراء وجوبا ضعيفا

ولا

فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل زان والحكم بجواز النكاح في مثله أمارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم وان كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب أما لان الخصم يقول به فكان نفيه أهم وأما ليتصل بقوله

ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل (وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها) والمعنى ما ذكرنا قال (ونكاح المتعة باطل) وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل أما هنا فلا حمل حقيقة فلو كان انما كان حكما وشرعا فكان جواز النكاح شرعا أمارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا أنه أمارة الفراغ عن حمل ثابت النسب أو نقول هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تأملت وهو الاولى أعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتبارها أمارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة أما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا واختار الفقيه أبو الليث قول محمد رحمه الله لانه أحوط هذا وعند زفر لا يجوز للرجل أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله وهو وجوب العدة للتزوج بعد كل وطء ولو زنا (قوله وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له وطؤها قبل أن يستبرئها عندهما وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها) وعند زفر لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض لما قلناه عنه وقيل يكفي حيضة (قوله والمعنى) أي في حل وطء الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده (ما ذكرنا) لهما من أن الصحة أمارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة (قوله ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة) خالية من الموانع (أتمتع بك كذا مدة) عشرة أيام مثلا أو يقول أياما أو متعيني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يذكر أياما (بكذا من المال) قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت أن يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة أتمتع أو أستمتع اه يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيينها ولا شك أنه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي أباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا أنه أذن لهم في المتعة وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أتمتع بك بل أوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور أن يوجد عقدا على امرأة لا يراد به مقاصد عقد

وقول محمد رحمه الله أقرب الى الاحتياط (قوله ونكاح المتعة والنكاح الموقت باطل) نكاح المتعة أن يكون بلفظ التمتع مثل أن يقول خذي هذه العشرة لاتمتع بك أياما أو متعيني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يقل أياما والنكاح الموقت أن يتزوج امرأة عند الشهود عشرة أيام وفرق ما بينهما أن يكون بذكر لفظ التزوج والنكاح في الموقت ولفظ المتعة في نكاح المتعة ثم في نكاح المتعة خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز عنده وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولانا اتفقنا انه كان مباحا فان النبي عليه السلام أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة والحكم الثابت يبقى حتى يظهر ناسخه ولكنا نقول قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة

نفيه أهم وأما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب ومن تذكر ما سلف من المسائل يفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما تضمنه كلامه فيما سلف وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ والا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله (وكذا اذا رأى امرأة تزني) ظاهر وقيل ينبغي أن لا تحل لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح وأجيب بانه تعارض الاحتمالان احتمال وجود الحل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء قال (ونكاح المتعة باطل) صورة المتعة ما ذكره في الكتاب (أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال) أو يقول خذي مني هذه العشرة لاستمتع بك أياما أو متعيني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يقل أياما وهذا عندنا باطل

(قوله الا على رحم فارغ عن شاغل محترم الخ) أقول فيه نوع مخالفة لما سبق آنفا حيث أجابا عن أبي يوسف رحمه الله في مسئلة نكاح الحامل من الزنا ويجوز أن يقال المراد احترامه لصاحب الماء (قوله لان نفيه يستلزم نفي الوجوب) أقول ممنوع كما لا يخفى (قوله وأجيب بانه تعارض الاحتمالان) أقول ويجوز أن يجاب أيضا بانا قد اتفقنا على جواز النكاح الخ على ما مر ويدل على ذلك قول المصنف والمعنى ما ذكرنا

(وقال مالك هو جائز) وهو الظاهر من قول ابن عباس (لانه كان مباحا) بالاتفاق (فيبقى الى أن يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة
و بيان ذلك أنه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم
نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة
أيام فجئت مع ابن عم لى الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمى أحسن من بردتى فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر
الى شبابى والى بردته فقالت هلا بردة كبردة هذا أو شبابا كشباب هذا ثم آثرت شبابى على بردته فبت عندها فلما أصبحت اذا منادى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ينادى الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم أجمع الصحابة على أن المتعة قد انتسخت فى حياة النبى صلى
الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة (١٥٠) والاجماع مظهر الا ان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان
قيل أين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا أجاب بقوله (وابن عباس صح رجوعه الى قولهم) روى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة. (فتقرر الاجماع وقيل فى نسبة جواز المتعة الى مالك نظر لانه روى الحديث فى الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن على عن أبيهما عن على بن أبى طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الانسية وقال فى المدونة ولا يجوز النكاح الى أجل قريب أو بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة وأقول يجوز أن يكون شمس الائمة الذى أخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف ما فى المدونة وليس كل من يروى حديثا يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده ما يعارضه أو يرجح عليه (والنكاح الموقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين الى عشرة أيام) والذى يفهم من عبارة المصنف فى الفرق بينهما شيآن أحدهما وجود لفظ يشارك المتعة فى الاشتقاق كما ذكرنا آنفا فى نكاح المتعة والثانى شهود الشاهدين فى النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج أو النكاح وأن تكون المدة معينة

وقال مالك رحمه الله هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى أن يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضى
الله تعالى عنهم وابن عباس رضى الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع (والنكاح الموقت باطل)
مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين الى عشرة أيام

النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد
مادمت معك الى أن انصرف عنك فلا عقد والحاصل أن معنى المتعة عقد موقت ينتهى بانتهاء الوقت
فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضا فيكون النكاح الموقت من أفراد المتعة وان عقد بلفظ
التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التى تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى ولم يعرف فى شئ
من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة رضى الله عنهم بلفظ تمتعت بك ونحوه والله أعلم (قوله وقال مالك
هو جائز) نسبته الى مالك غلط وقوله (لانه كان مباحا فيبقى الى أن يظهر النسخ) هذا متمسك من يقول
بها كابن عباس رضى الله عنهما (قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضى الله عنهم) هذه عبارة المصنف
وليست الباء سببية فيها فان المختار أن الاجماع لا يكون ناسخا اللهم الا أن يقدر محذوف أى بسبب العلم
باجماعهم أى لما عرف اجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أوهى للمصاحبة أى لما ثبت اجماعهم
على المنع علم معه النسخ وأما دليل النسخ بعينه فما فى صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفى
الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق أنها نسخت مرتين قيل ثلاثة أشياء نسخت مرتين

من ذلك ما روى محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ان منادى رسول الله عليه السلام نادى
يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهاكم عن المتعة ومنه حديث الربيع رضى الله عنه قال أحل رسول الله عليه
السلام المتعة عام الفتح فجئت مع عمى الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمى أحسن من بردتى
فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابى وبردته وقالت هلا بردته كبردته أو شباب هذا
كشباب هذا ثم آثرت شبابى على بردته فبت عندها فلما أصبحت اذا منادى رسول الله عليه السلام ينادى
ان الله ورسوله ينهاكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت فى المتعة قط انما تثبت الاباحة
الموقتة بثلاثة أيام فلا يبقى ذلك بعد مضيها حتى تحتاج الى دليل النسخ وقال جابر بن زيد ما خرج ابن عباس
رضى الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة والمراد بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن الزوجات
فانه بناه على قوله ان تبتغوا بأموالكم محصنين والمحصن الناكح كذا فى المبسوط (قوله قلنا ثبت النسخ
باجماع الصحابة) أى ظهر ثبوت النسخ يعنى ان الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على ان نكاح المتعة قد انتسخ

(قال المصنف قلنا ثبت النسخ بالاجماع) أقول قال ابن الهمام ليست الباء سببية فان المختار أن الاجماع لا يكون ناسخا الا أن يقدر محذوف أى
بسبب العلم باجماعهم أى لما عرف اجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أوهى للمصاحبة أى لما ثبت أجماعهم على المنع علم معه النسخ اه
ويجوز أن يريد بثبوت النسخ ثبوته العلمى (قوله فان قيل أين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا الخ) أقول هذا نقل النسخ فلا تضر مخالفة
ابن عباس قلنا نعم لكن مراد المصنف أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا على نقله ولا يتم ذلك بمخالفته فليتأمل

المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس فى الصلاة وقيل لا يحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم
انما كان أباحها ثلاثة أيام فبانقضائها تنتهى الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن فى الاصل بلغنا عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر فى غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى
عنها وهذا لا يفيد أن الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة أيام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما أخرجه
مسلم عن سبرة بن معبد الجهنى قال أذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت أنا ورجل الى امرأة
من بنى عامر كأنها بكرة عيطاء فعرضنا عليها أنفسنا فقالت ما تعطينى فقلت ردائى وقال صاحبى ردائى وكان
رداء صاحبى أجود من ردائى وكنت أنا أشب منه فاذا نظرت الى رداء صاحبى أعجبها واذا نظرت الى أعجبتها
ثم قالت أنت ورداؤك تكفينى فمكثت معها ثلاثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شئ
من هذه النساء التى يتمتع بهن فليخل سبيلها فهذا مثله من حيث انه انما يدل على أن الاباحة أقامت ثلاثا
لا أنها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ وفى صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت أذنت لكم
فى الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيامة والاحاديث فى ذلك كثيرة شهيرة وأما ظاهر الالفاظ
التى تعطى الاجماع فما أخرجه الحازمى بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك
حتى اذا كنا عند العقبة مما يلى الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يطعن فى رحالنا فجاء رسول الله
صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا منهن فغضب رسول الله
صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم نهى عن المتعة
فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها أبدا وابن عباس صح رجوعه بعد ما اشتهر عنه من
اباحتها فمما ذكر من رجوعه أن عليا قال له انك رجل تائه ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء
وفى صحيح مسلم أن عليا رضى الله عنه سمع ابن عباس يلين فى متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فانى سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا فى رجوعه
بل فى قول على له ذلك ويدل على أنه لم يرجع حين قال له على ذلك ما فى صحيح مسلم عن عروة بن الزبير أن عبد الله
ابن الزبير قام بمكة فقال ان ناسا أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال
انك لجلف جاف فلعمرى لقد كانت المتعة تفعل فى عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
له ابن الزبير فجرب نفسك فوالله لئن فعلتها لارجمنك باحجارك الحديث ورواه النسائى أيضا ولا تردد فى أن
ابن عباس هو الرجل المعرض به وكان رضى الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير كما أعمى أبصارهم
وهذا انما كان فى خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة على فقد ثبت أنه مستمر القول على جوازها لم
يرجع الى قول على فالاولى أن يحكم بأنه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذى عنه أنه قال انما كانت
المتعة فى أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ
له متاعه وتصلح له شأنه حتى اذا نزلت الآية الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم قال ابن عباس فكل فرج
سواهما فهو حرام اه فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الامر انما كان على هذا الوجه فرجع اليه أو حكاه
وقد حكى عنه أنه انما أباحها حالة الاضطرار والعنت فى الاسفار أسند الحازمى من طريق الخطابى الى المنهال
عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال وما قالوا قلت قالوا

قد قلت للشيخ لما طال محبسه * يا صاح هل لك فى فتوى ابن عباس
هل لك فى رخصة الاطراف آنسة * تكون مثواك حتى يصدر الناس

فقال سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هى الا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل الا للمضطر اه ولهذا قال
الحازمى انه صلى الله عليه وسلم لم يكن اباحها لهم وهم فى بيوتهم وأوطانهم وانما أباحها لهم فى أوقات بحسب
الضرورات حتى حرمها عليهم فى آخر سنيه فى حجة الوداع وكان تحريم تأبيد لا خلاف فيه بين الائمة وعلماء

وقت النبى عليه السلام لان الاجماع لا يصلح ناسخا فى المذهب الصحيح

وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة فى العقود للمعانى ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

الامصار الا طائفة من الشيعة (قوله وقال زفر هو جائز) يعنى النكاح المؤقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هى ويصح النكاح فصار كما اذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط أما لو تزوج وفى نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل (قوله ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة فى العقود للمعانى) ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتى انعقد وصية أو جعلتك وصيا فى حياتى انعقد وكالة ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا أو لرب المال كان بضاعة ولا يخفى أن على ما حققناه يكون الموقت من نفس نكاح المتعة فلا يحتاج الى غير ابداء الناسخ فى دفع قول زفر هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لان غاية الامر أن يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن نقول المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذى كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهى العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى وأنا لا أقول به كذلك وانما أقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت فحقيقة الغاء شرط التوقيت هو أثر النسخ وأقرب نظير الى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجلان كل موليته الآخر على أن يكون بضع كل مهر المولية الآخر صح النهى عنه وقلنا اذا عقد كذلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهى لانا لم نقل به كذلك موجبا البضعين مهرين بل على الغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهى فقول زفر مثل هذا سواء وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فاصل منضم الى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد وكونه غير صحيح من حيث انه انما عقد مؤبدا ولذا اذا انقضت المدة لا ينتهى النكاح بل هو مستمر الى أن يطلقها ينـدفع بما ذكرنا مما أوجب أن أثر التوقيت فى ابطاله موقتا لا فى ابطاله مطلقا فان قلت فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد أولا واذا لم ينعقد هل يكون من أفراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح وان قصد به النكاح وحضره الشهود وليس من نكاح المتعة لانه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد وانما كان كذلك لانه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما فى المبسوط من أنه لا يفيد ملك المتعة كالاحلال قال فان من أحل لغيره طعاما أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ فى موضع النكاح لا يثبت به الملك اهـ يعنى انتفى طريق المجاز الذى بيناه فى أول كتاب النكاح والله سبحانه أعلم (قوله ولا فرق بين ما اذا طالت المدة أو قصرت) نفى لرواية الحسن عن أبى حنيفة أنهما اذا سميا مدة لا يعيشان اليها صح لتأبيده معنى قلنا ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لانه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قدمناه من أن النكاح الموقت من أفراد المتعة هذا واذا انساق الكلام الى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل يبطل هو وناسب أن يقرن به الكلام فى اشتراط الخيار فى النكاح فاذا تزوج على أنه بالخيار أو هى صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لان الهازل قاصد

(قوله ولنا أنه أتى بمعنى المتعة) وهو أنه أتى بالنكاح لفظا والمتعة معنى لان النكاح ينعقد للازدواج وطلب الولد والمتعة للاستمتاع لا غير والنكاح الى عشرة أيام ينعقد للاستمتاع لا غير والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة والوصاية فى حياة الموصى وكالة والوكالة بعد وفاة الموصى وصاية والهبة بشرط العوض بيع حتى تثبت به الشفعة وترد بالعيب ولا يلزم على هذا ما اذا شرط الطلاق بعد شهر فانه يجوز النكاح ويبطل الشرط لان هذا الشرط لم يصر فى معنى المتعة لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط الطلاق القاطع بعد شهر لينقطع به النكاح دليل على أنه عقد النكاح مؤبدا (قوله ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت أو قصرت) لان المعين لجهة المتعة

(وقال زفر هو صحيح لازم) لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى بمعنى المتعة) بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل فى مدة قليلة (والعبرة فى العقود للمعانى) دون الالفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله (ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت أو قصرت) احتراز عن قول الحسن بن زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان اليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحا لانه فى معنى التأبيد وهو رواية عن أبى حنيفة ووجه الظاهر أن التأقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفى هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه وأجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا وأما صورة النزاع فالشرط انما هو

(ومن تزوج امرأتين فى عقدة واحدة واحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التى يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى) لان المبطل فى احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فى البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد فى الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتى يحل نكاحها عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهى مسئلة الاصل

للسبب غير راض بحكمه أبدا وشارط الخيار غير راض بحكمه فى وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد أسلفنا تخريجه فشرط الخيار أولى أن لا يمنعه واذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل وأما خيار الرؤية فحقيقته لا تتوقف على اشتراطه فى موضع يثبت كالبيع بل اذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل وأما خيار العيب فلا يثبت لاحدهما فى الآخر اذا وجده معيبا ببرص أو جذام أو رتق أو قرن أو عفل أو جنون أو مرض فالج أو غيره أيا كان عند أبى حنيفة وأبى يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتى فى بابه خلافا للشافعى فى العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد فى الثلاثة الاخيرة اذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال للتى تزوجها فوجد بكشحها بياضا الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه فى عرف العرب بالاستقراء فعرف أنه لا فسخ عن عيب وحجتنا أيضا قول ابن مسعود لا ترد الحرة عن عيب وعن على قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء أمسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فعن عمر أنه أثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فان ذلك ثابت لا يحتاج الى نقل اثبات عمر اياه وقول محمد أرجح فيما يظهر فان ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل انما هو فى تخلص الرجل فأما المرأة فلا تقدر عليه وهى محتاجة الى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد والكلام فى المسئلة طويل الذيل فى المبسوط وغيره يحتمل أنظار السنا نصددها اذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا لو شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار له فى الفسخ ومن هذا وكثيرا ما يقع لو تزوجها بشرط أنها بكر فاذا هى ثيب فلا خيار له بل ان شاء طلق وتثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده (قوله ومن تزوج امرأتين فى عقدة واحدة واحداهما لا تحل له) لرضاع أو قرابة محرمة (صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فى البيع) حيث لا يصح فى العبد لان قبول العقد فى الحر شرط فاسد فى بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (قوله ثم جميع المسمى للتى يحل نكاحها عند أبى حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثليهما) كان يكون المسمى ألفا ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم للتى صح نكاحها ويسقط الباقى ولو كان دخل بالتى لا تحل فالمذكور فى الاصل أن لها مهر مثلها بالغا ما بلغ والالف كلها للمحللة قال فى المبسوط وهو الاصح على قول أبى حنيفة وما ذكر فى الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف ولو كان صح نكاحهما انقسمت الالف على مهر مثليهما اتفاقا (قوله وهى مسئلة الاصل) مثل هذا اللفظ يقصد به الاحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل

التأقيت وهو موجود وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انهما اذا ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان الى ذلك الوقت غالبا كمائة سنة أو أكثر صح لانه تأبيد معنى كما لو تزوجها الى موتها أو موته (قوله ثم جميع المسمى) للتى حل عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعندهما يقسم المسمى على مهر مثليهما فما أصاب التى صح

فى النكاح لا فى قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما فى الاجارة قال (ومن تزوج امرأتين فى عقدة واحدة) هذه المسئلة من الاصل أى من المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة البيع تأتى فى البيوع وقوله (وعندهما يقسم على مهر مثليهما) يعنى اذا كان المسمى ألفا مثلا لا ينظر الى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما فما أصاب حصة التى لا تحل يسقط عن الزوج وما أصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما أنه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا أسلما لمن قابل ولم يسلم ههنا الا أحدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت احداهما دون الاخرى ولابى حنيفة أن ضم ما لا يحل الى ما يحل فى النكاح كضم الجدار الى المرأة فيه فى أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة فكذلك ههنا لمن تحل بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما قد استويا فى الايجاب حتى لو أجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة فى الايجاب فان قيل اذا لم تكن محلا للنكاح أصلا ولم تدخل تحت العقد وجب أن يحد ان دخل بها ولا يحد عنده أجيب بان عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد

وقوله (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها) هذه المسئلة من الجامع الصغير وهي الملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود
والفسوخ عند أبي حنيفة ينفذ ظاهرا و باطنا ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا
ثبوت الحل عند الله تعالى وأما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا الا باطنا بالاجماع وأما في الهبة والصدقة فعن أبي يوسف فيه روايتان
في رواية ألحقها بالاشرية والانكحة من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي أخرى ألحقها بالاملاك المرسلة وماذكره في الكتاب
من تحرير المذاهب واضح قالوا (القاضي أخطأ الحجة اذ الشهود كذبة) والخطأ في الحجة يمنع من النفوذ باطنا كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار
(ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عند القاضي لان الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذه الشهود هو الحجة

المعتبرة في الشرع (لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة) لان ذلك أمر باطني لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك للقضاء لما أمكن القضاء أصلا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا و باطنا) بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر) بالامارات فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا أشار الى الجواب بقوله (بتقديم النكاح) يعني تقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال أنكحتك اياه وحكمت بينكما بذلك (قطعا للمنازعة) فيحل له أن يطأها لئلا تنازعه في طلب الوطء ثانيا وسألني بعض أذكياء المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع وأربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته بقولهم هذا قطعا للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فليطلقها
فانه مخلاص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء لم يسبقه محلل فقلت تعني بالطلاق طلاقا مشروعا أو غير مشروع بخلاف
لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما منا في هذه المسئلة على فانه روي أن
رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه فقال علي
شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينهما من الزنا وكان
ذلك منه قضاء بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاؤه بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت

(ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه
وأن تدعه يجامعها) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف أولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعه أن
يطأها وهو قول الشافعي لان القاضي أخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي
حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان
الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة

المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكل ما قوبل بشيئين ولم يسلما فاللازم حصة السالم
بيان تقرر الكبرى شرعا ما لو اشترى عبدين بالف فاذا أحدهما مدبر أو خاطب امرأتين بالنكاح بالف
فاجابت احداهما دون الاخرى بل ما نحن فيه أولى فان المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد بوطئها مع العلم
بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل وله منع كلية الكبرى بل المضموم الى المحللة اما محل أولا
ففي الاول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جدارا أو حمارا فان الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك
فان حكم النكاح الحل فالمحرمة ليست بمحل فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ
فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطء المحرمة المعقود عليها من حكم
صورة العقد وسنبين وجهه ان شاء الله تعالى في كتاب الحدود لا من حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد
والانقسام في المخاطبتين للاستواء في الايجاب للمحلية فانهما لو أجابتا صح نكاحهما معا وانقسم عليهما هذا
وقد ادعى أن ما في الزيادات من أنه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الالف قول أبي
حنيفة فاستشكل بانه فرع دخولها في العقد ودفع بانه قولهما لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغا ما
بلغ وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد فاما الانقسام
للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد فالتي تحل هي المختصة بذلك فالكل لها وقد يورد أيضا على قوله ان لها
مهر مثلها بالغا ما بلغ أن عدم الدخول في العقد يقتضي أجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع
الدخول في عقد فاسد ويجاب بأن وجوبه بالعذر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد ويرد على
قولهما أيضا كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد ولا يجتمع
الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في
العقد (قوله ومن ادعت عليه امرأة) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند

نكاحها يجب لان الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعيهما لا ببضع احديهما فلا يجعل بمقابلة احديهما وله أن
الانقسام من حكم صحة المقابلة ولا تتحقق المقابلة في حق من ليست بمقابلة لهذا الحكم فلغت الاضافة اليه فصار
التكلم به وعدمه بمنزلة ولو لم يتكلم بكلمة المقابلة الا مضافا الى احديهما لكان الحكم هكذا كذا هنا وصار هذا
وقوله تزوجت هذا الجدار وهذه المرأة بالف سواء وهناك لا يقسم كذا هنا (قوله وسعها المقام معه) وكذلك

أبي حنيفة ظاهرا و باطنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة أو هي ادعت
النكاح أو الطلاق الثلاث كذبا و برهنا زورا فقضى بالنكاح أو الطلاق نفذ ظاهرا فتطالب المرأة في
الحكم بالقسم والوطء والنفقة و باطنا فيحل له وطؤها وان علم حقيقة الحال ولها أن تمكنه وقولنا اذا كان
مما يمكن القاضي انشاؤه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثا فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر
ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيه أما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان اذا
ادعيا كذبا وجه المانعة أن القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف
الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه أن يطأها اذا ادعى كذبا واذا كان مدعى عليه
بطلاقها وهو قول الشافعي وكما لا تحل للثاني لا تحل للاول فيما اذا ادعت الطلاق الثلاث كذبا فقضى به
وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة تحل للثاني لا للاول لان القاضي يملك التطليق على الغير أحيانا
بخلاف المعتدة وأختها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ
البيع كذبا و برهن زورا فقضى القاضي بفسخ البيع ويحل للبائع وطؤها لو كانت أمة وكذا لو ادعى بيع
الامة منه ولم يكن باعها فقضى بها القاضي لمدعي الشراء حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه تمسكهما
في الكتاب ظاهر وأيضا القضاء اما امضاء لعقد سابق أو انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثاني لانه لا ايجاب
ولا قبول ولا شهود ولابي حنيفة أن القاضي مأمور بما في وسعه وانما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد
فعل وهذا يفيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطنا اذ القدر الذي توجبه
الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا اذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله (واذا ابتنى
القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ) فأفاد اختيار أحد شقي ترديدهما وهو أنه انشاء
والمعنى أنه يثبت الانشاء اقتضاء للقضاء بتقدمه عليه وأفاد بذلك جواب ما عما أبطلا به هذا الشق من عدم
الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا
كانت قصديات على أن كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو
أوجه ولو أتم ما أبطلا هذا الشق بعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضى ما ثبت
ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا افتقرت صحته الى نفاذه باطنا
وليس مفتقرا اليه لثبوته مع انتفائه في الاملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا الا باطنا زاد قوله (قطعا للمنازعة)
يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا تنقطع فيما نحن فيه الا بتنفيذه باطنا اذ لو بقيت الحرمة تكررت
المنازعة في طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الانشاء فكأن القاضي
قال زوجتكها وقضيت بذلك كقولك هو حر في جواب أعتق عبدك عني بألف حيث يتضمن البيع منه
وذكر الشيخ أكمل الدين أن بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بان
يطلقها قال فأجبته ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع أو غيره لا عبرة بغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ
لا يتحقق الا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح اذ له أن يريد به الطلاق غير المشروع
وكونه لا عبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ
باطنا ليجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ
باطنا حينئذ لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر والحق ان قطع
المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما اذا كان هو المدعي لانه لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما اذا
كانت هي المدعية لما ذكر ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ والذي روي
عن علي رضي الله عنه وهو أن رجلا أقام بينة على امرأة أنه تزوجها بين يدي علي فقضى علي بذلك فقالت

اذا ادعت المرأة الطلقات الثلاث على زوجها وأقامت البينة ولم يكن طلقها فقضى القاضي بذلك فتزوجت
بزوج آخر حل للزوج الثاني أن يطأها عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا يحل للثاني

بخلاف الاملاك المرسلة لان فى الاسباب تزاحما فلا أمكان

(باب الاولياء والاكفاء)

المرأة ان لم يكن لى منه بد يا أمير المؤمنين فزوجنى منه فقال شاهداك زوجاك يخص ما اذا انحصر قطع المنازعة فى التنفيذ باطنا فانه لو لم ينعقد باطنا لاحتاجا فيما طلبت للحقيقة التى عندها والاوجه أن يراد بالمنازعة فى قوله قطعا للمنازعة اللجاج المؤدى الى الضرر أعم من كونه عند القاضى أولا فتناول ما اذا لج الاول فى طلبها باطنا بأن يأتيها لقصد جماعها كرها أو باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال والحل الباطن وفى هذا بعد كونه منشأ مفسدة التقاتل والسفك لكونه عرضا له باطلاع الزوج عليه فيجتمع اجتماع زوجين على امرأة احدهما سرا والآخر جهرا وكل من الامرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على المعنى الذى ذكرناه من الاعمية الا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة فى نفس الامر بفسخ القاضى فيم الصور ثم على المبتدئ بالدعوى الباطلة واثباتها بالطريق الباطل اثم باله من اثم غير أن الوطء بعد ذلك فى حل وقول أبى حنيفة أوجه وقد استدل على أصل المسألة بدلالة الاجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشترى مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وان كان فيه اتلاف ماله لانه ابتلى بامرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه (قوله بخلاف الاملاك المرسلة) أى المطلقة عن تعيين سبب الملك بأن ادعى الملك فى هذا الشئ ولم يعين سببا فان القضاء به قضاء بالدليس غير لتزاحم الاسباب أى تعدده فلا يمكن القاضى تعيين بعضها دون بعض اذ لم تقم حجة بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه ووقعت الشهادة على تعيينه والله سبحانه أعلم

(باب الاولياء والاكفاء)

ولا للاول وكذلك فى دعوى العتق والنسب واجمعوا أن قضاء القاضى فى الاملاك المرسلة وفى الميراث ينفذ ظاهرا لا باطنا وأما فى الهبة والصدقة فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى عليه روايتان والحاصل أن فى المسألة أربعة أقاويل أبو حنيفة رحمه الله يقول يحل للثانى وطئها دون الاول وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان لا يحل وطئها للاول للتهمة ولا للثانى للحرمة والشافعى رحمة الله تعالى عليه يقول يطأها الاول سرا والثانى علانية وذكر شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه ان على قول محمد رحمة الله تعالى عليه يحل للاول وطئها قبل دخول الثانى واذا دخل لا يحل الوطء للاول لوجوب العدة عليها من الثانى كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة (قوله بخلاف الاملاك المرسلة) أى المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا فى الجارية والطعام من غير تعيين شراء أو ارث حيث ينفذ القضاء ظاهرا لا باطنا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضى له وطئها انما لا يثبت الملك هنالك للمقضى له لانه لا يتوجه على القاضى القضاء بالملك لان التكليف بحسب الوسع وليس فى وسعه اثبات الملك لانسان بغير سبب وفى أسباب الملك كثرة لا يمكن تعيين شئ منها بدون الحجة فعرفنا انه غير مخاطب بالقضاء بالملك وانما يصير مخاطبا باليد وذلك نافذ منه وأما ههنا توجه عليه القضاء بالنكاح لان طريقه متعين توضيحه أن القاضى لا يقول هنالك للمدعى ملكتك هذا المال بل تقصر يد المدعى عليه من المال وههنا يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك ثم قيل تشترط حضرة الشهود وقت الحكم لينفذ باطنا وقيل لا تشترط ثم فيما ذهب اليه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله من قضاء القاضى بالطلقات الثلاث بشهادة الزور تعطيل الفرج لانها لا تحل للاول ولا للثانى فلا تتمكن من التزوج بزوج آخر وفيه ضرر عليها وفيما قاله الشافعى رحمه الله اجتماع الرجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد وهو قبيح فعرفنا ان الاوجه ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله كذا ذكره الامام المحبوبى رحمة الله تعالى عليه والله أعلم بالصواب

(باب الاولياء والاكفاء)

وينعقد

تما بقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود أجيب بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة السرخسى وآخرين منهم قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه فى الباطن والمقتضى لا تراعى شرائطه التى يثبت بها لو كان مقصودا كما فى قوله أعتق عبدك عنى بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول وقوله (بخلاف الاملاك المرسلة) أى المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا فى الجارية أو الطعام من غير تعيين بشراء أو ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضى له وطئها (لان فى الاسباب تزاحما) فلا يمكن تنفيذه بيانه ان فى الاسباب كثرة ولا يمكن القاضى تعيين شئ منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعى وذلك نافذ منه ظاهرا فاما أن ينفذ باطنا بمنزلة انشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعى بخلاف النكاح فان طريقه متعين فى الوجه الذى قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه

(باب الاولياء والاكفاء)

(باب الاولياء والاكفاء)

(وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولى بكرا كانت أو ثيبا) عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف) رحمه الله (أنه لا ينعقد الا بولى وعند محمد ينعقد موقوفا) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها

أولى الشرائط المتفق عليها غالبا الشرط المختلف فيه وهو عقد الولى والولى العاقل البالغ الوارث فخرج الصبى والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة الولاية فى النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا وولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية بأسباب أربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة وافتتح الباب بالولاية المندوبة نفيا لوجوبها لانه أمر مهم لاشتهار الوجوب فى بعض الديار وكثرة الروايات عن الاصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله فى ذلك سبع روايات روايتان عن أبى حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا الا انه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه ان عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغى أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها أولياء أحياء لان عدم الصحة انما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا أما ما يرجع الى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فى فصل الكفاءة وعن أبى يوسف ثلاث روايات لا يجوز مطلقا اذا كان لها ولى ثم رجع الى الجواز من الكفء لا من غيره ثم رجع الى الجواز مطلقا من الكفء وغيره وروايتان عن محمد انعقاده موقوفا على اجازة الولى ان أجازه نفذ والا بطل الا أنه اذا كان كفؤا وامتنع الولى يجدد القاضى العقد ولا يلتفت اليه ورواية رجوعه الى ظاهر الرواية فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفء وغيره هذا على الوجه الذى ذكرناه عن أبى يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسى وأما على ما ذكره الطحاوى من أن قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولى وكذا الكرخى فى مختصره حيث قال وقال أبو يوسف لا يجوز الا بولى وهو قوله الاخير فلا رجح قول الشيخين لانهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسى والتعويل عليه حيث قال عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف الخ وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كفء ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغى أن تحفظ هذه المسألة فان المحلل فى الغالب يكون غير كفء وأما لو باشر الولى عقد المحلل فانها تحل للاول واذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللولى أن يفرق بينهما على ما نذكره فى فصل الكفاءة ان شاء الله تعالى وقال الشافعى رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء أصلا أصيلة كانت أو وكيلة (قوله لان النكاح) شروع فى الاستدلال لقول الشافعى ومالك وهو أن النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من

(قوله وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولى بكرا كانت أو ثيبا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى ظاهر الرواية) لقوله عليه السلام الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا عند أهل اللغة وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا ينعقد بعبارتها أصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت بالنكاح لحديث أبى هريرة رضى الله عنه انه قال عليه السلام لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها انما الزانية هى تنكح نفسها وأما من شرط الولى فاستدل بقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن وقال الشافعى رحمه الله هذه الآية أبين آية فى كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولى لانه نهى الولى عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع فى يده

أخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كانا شرطى النكاح لان حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكره فى الكتاب واضح وأما وجه من لم يجوزه بدون الولى كابى يوسف فى غير ظاهر الرواية ومالك والشافعى فما قال (لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها)

(قوله لان حل محل النكاح) أقول دليل لقوله أخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات (قوله بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم) أقول ربما يجوز أن يقال بيان المحرمات مآله الى رفع الموانع والعدم له تقدم (قال المصنف وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) أقول أى بعقدها الدال على رضاها (قال المصنف وان لم يعقد عليها ولى) أقول ولم يأذن ولا يبعد أن يراد لم يعقد عليها تسبيبا ومباشرة تامل

لانهن سريعات الاغترار سيآت الاختيار لاسيما عند التوقان وهو مردود بما اذا أذن لها الولي كما اختاره محمد فان الحال يخبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وأيضا المدعى أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل تعليل أن لا يفوض اليهن أمر النكاح مطلقا من غير نظر الى أن بأذن الولي أولا غير دافع لانتفاء المطابقة وأما وجه من جوزه فهو (أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج) بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لا نسلم أنها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن بكفء في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للاولياء فان قيل هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد أما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وانما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع في يده وأما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب أن الآية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه وأن قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها وأما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره

الا أن محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج

السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيآت الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن

وفي حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها

لا يصح الا لمن ينوب عنه والمرأة لا تنوب عنه في ذلك لان الحق لها ولو أذن لها في انكاح نفسها صارت كمن أذن لها في البيع من نفسها ولا يصح اه ولا يخفى عليك وهن هذا الكلام فان النكاح عقد على منافع البضع فتصير هي بالاذن كالماذون له بان يؤجر نفسه فتامل قال الجلال المحلي الشافعي في شرح المنهاج (لا تزوج المرأة نفسها) باذن من وليها ولا دون اذنه (ولا غيرها بوكالة) عن الولي ولا بولاية (ولا تقبل نكاحا لاحد) بولاية ولا بوكالة فطما لها عن هذا الباب اذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلا وقد قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء وتقدم حديث لا نكاح الا بولي وروى ابن ماجه حديث لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وأخرجه الدارقطني باسناد على شرط الشيخين اه أقول في قوله فطما لها الخ بحث (قوله وأيضا المدعى أن النكاح لا ينعقد الخ) أقول اذا تاملت أدنى تامل ظهر لك أن هذا الوجه لا يغاير الاول في المآل هكذا قيل ولكن لا يخفى عليك أن نفي الجواز بدون الولي أمر ونفيه بعبارتهن أمر آخر فالرد الاول يرد على أبي يوسف رحمه الله أيضا بخلاف الثاني (قوله لانتفاء المطابقة) أقول فيه بحث فانه ان أراد انتفاء المطابقة على تقرير المصنف فلا ضير وان أراد انتفاءها على ما وضعه المعلل فغير مسلم (قوله وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله الخ) أقول أنت خبير بان الخصم يمنع وينازع في أهليتها لهذا التصرف ويقول لم يجعلها الشارع أهلا له وقوله لكونها عاقلة الخ لا يدل عليه فان العبد العاقل البالغ كذلك وهو محجور عن كثير من التصرفات وبين المال والبضع فرق (قوله قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه) أقول أنت خبير بان المنع متوجه الى الروايتين ظاهرها وغير ظاهرها ولا يقدح في ذلك قوله ولهذا لا يجوز الخ فانه تنوير للسند والمنع يتم بدونه ألا يرى أن للولي حق الفسخ في ظاهر الرواية فلو لم يتعلق به حق لما كان كذلك (قوله فان قيل هذا استدلال الى قوله وأما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع الخ) أقول وهذا الاستدلال منهم انما يصح اذا كان الخطاب في لا تعضلوهن للاولياء وهو ممنوع بل الخطاب للازواج كي لا يبقى الشرط بلا جزاء والتفصيل المشبع في التفسير الكبير للامام فخر الدين الرازي (قوله وانما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع في يده) أقول ان أراد اذا كان الممنوع في يده شرعا فليس كذلك عند الخصم فان النهي عندهما يقتضي المشروعية على ما يجيء تفصيله في البيع الفاسد الا أن يكون مرادهم الالزام وهو بعيد وان أراد غير ذلك فلا يفيده ولا يضرنا (قوله فالجواب أن الآية مشتركة الالزام) أقول ويرد أيضا أن واحدا من هذين الاستدلالين لا يدل على مطلوب الخصم من عدم الانعقاد بعبارتهن (قوله وان قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن) أقول أي فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف وتزويجها نفسها من الكفء فعل بالمعروف فوجب أن يصح (قوله وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها) أقول فان الله تعالى أضاف النكاح اليهن اضافة الفعل الى فاعله والتصرف الى مباشره

وانما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء

فصارت الانوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الانوثة ولا شك أنه قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ونحن نمنع علية الانوثة ونمنعها عن المباشرة ندب كي لا تنسب الى الوقاحة بل العلة ليست الا الصغر على ما سنبين والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا كما هو شأن المظنة ومجرد الوقوع أحيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها اقليل في قليل فانتفت المظنة وبقي أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر أن يورد عليه منع أنه خالص حقها والا لم يطالب الولي به فاجاب بانه انما طالب الولي به كي لا تنسب الى الوقاحة وهذا كلام على السند وهو غير مفيد الا لو ساوى وهو منتف فان له أدلة أخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الاولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحاديث أخر في ذلك والجواب أما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن أن ينكحن أزواجهن اذا أريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في أول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن أي لا تمنعوهن حسا حبسا بعد انقضاء العدة أن يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل وأما الحديث المذكور وما بمعناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيدة في أمثال أكثم بن صيفي كل ذات بعل ستئيم يضرب لتحول الزمن باهله وأنشد قول الاول

أفاطم اني هالك فتثبتي * ولا تجزعي كل النساء تئيم

باطل باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها الوكس ولا شطط فان أبي الولي فالسلطان ولي من لا ولي له وقال عليه السلام لا نكاح الا بولي وأما من جوز النكاح بغير ولي فاستدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى ان ينكحن أزواجهن أضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حبسا بان يحبسها في بيت ويمنعها من التزوج أو هذا خطاب للازواج فانه في أول الآية اذا طلقتم النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج آخر وأما حديث عائشة رضي الله عنها فلا نعمل به لان عائشة رضي الله عنها هي التي روته وقد زوجت بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب وعمل الراوي بخلاف ما روى يبطل الرواية لما عرف في أصول الفقه ومداره على الزهري وقد أنكره على انه مخالف للنص فيرد لان الله تعالى أضاف العقد اليهن في غير موضع ولا متمسك له بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي لان هذا نكاح بولي لانها صارت ولية بنفسها بعد البلوغ عن عقل كالرجل على انه محمول على أمة زوجت نفسها بغير اذن مولاها وصغيرة ومجنونة أو على نفي الكمال توفيقا بين الحديثين (قوله وانما يطالب الولي بالتزويج) جواب اشكال يرد على قولهما انها تصرفت في خالص حقها بان يقال لما كان النكاح حقها فلم أمر الولي بالتزويج (قوله ثم في ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة رحمة الله عليه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

السلام الأيم أحق بنفسها من وليها والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا هذا هو الصحيح عند أهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وقوله (وانما يطالب الولي بالتزويج) جواب عما يقال اذا تصرفت في خالص حقها فلم أمر الولي بالتزويج اذا طالبته وأي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها ووجهه أنها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله

(قوله ولان عائشة عملت بخلافه) أقول قال الشيخ الامام علاء الدين التركماني في كتابه المسمى بالجوهر النقي في الرد على البيهقي ثم ان عائشة الراوية للحديث خالفته على ما سيذكره البيهقي في هذا الباب وكذلك الزهري أيضا روى الحديث ثم خالفه قال صاحب الاستذكار كان الزهري يقول اذا تزوجت المرأة بغير اذن وليها جاز وهو قول الشعبي وأبي حنيفة وزفر اه (قوله وذلك يدل على نسخه) أقول بل يدل على ضعفه ووهنه

ولكن للولى الاعتراض فى غير الكفء وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز فى غير الكفء لان كم من واقع لا يرفع و يروى رجوع محمد الى قولهما

وجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولى حقا فى ضمن قوله أحق ومعلوم أنه ليس للولى سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها أحق منه به فبعد هذا اما أن يجرى بين هذا الحديث وما رووا حكم المعارضة والترجيح أو طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف فى صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان فحديث لا نكاح الا بولى مضطرب فى اسناده فى وصله وانقطاعه وارساله قال الترمذى هذا حديث فيه اختلاف وسمى جماعة منهم اسرائيل وشريك ورووه عن أبى اسحق عن أبى بردة عن أبى موسى الاشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن أبى اسحق عن أبى بردة عن أبى موسى ورواه أبو عبيدة الحداد عن يونس بن أبى اسحق عن أبى بردة ولم يذكر فيه عن أبى اسحق فقد اضطرب فى وصله وانقطاعه وقد روى شعبة وسفيان الثورى عن يونس بن أبى اسحق عن أبى بردة عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذا اضطراب فى ارساله لان أبا بردة لم يره صلى الله عليه وسلم وشعبة وسفيان أضبط من كل من تقدم قال وأسنده بعض أصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح ثم أسنده الى شعبة قال سمعت سفيان الثورى يسأل أبا اسحق أسمعت أبا بردة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى قال نعم ولا يخفى أن هذا الكلام الزامى أما على رأينا فلا يضر الارسال وحديث عائشة رضى الله عنها عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها وقد أنكره الزهرى قال الطحاوى وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن أبى عمران حدثنا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك واما حسنان بناء على أن الاصح فى الاول وصله لان الوصل والرفع مقدمان على الوقف والارسال عند التعارض على الاصح وان كان شعبة وسفيان أحفظ من غيرهما لكن حكاية شعبة تفيد أنهما سمعاه من أبى اسحق فى مجلس واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه فى مجالس وفى الثانى أن الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحا فى صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته ولذلك نظائر أشهرها ما روى أن ربيعة ذكر لسهيل بن أبى صالح حديثا فأنكره فقال له ربيعة أنت حدثتنى به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك

آخر امرأة لو زوجت نفسها من غير كفؤ يصح حتى يثبت حكم الطلاق والايلاء والظهار والتوارث وغير ذلك قبل التفريق ولكن للاولياء حق الاعتراض وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ان النكاح لا ينعقد وبه أخذ كثير من مشايخنا وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله هذا أقرب الى الاحتياط فليس كل ولى يحسن المرافعة الى القاضى ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفؤ عليها وقال القاضى الامام فخر الدين رحمه الله تعالى الفتوى على قول الحسن فى زماننا* قوله فى تعليل الشافعى رحمه الله لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها هذا التعليل لا يلائم اذ يقتضى هذا ان لا يفوض اليهن ولا يقتضى ان لا ينعقد بعبارتهن اذ لا خلل فى المقاصد بمباشرة العقد عند اختيار الولى الزوج والصحيح ان يقال لانها ليست باهل لمباشرة النكاح فلا ينعقد بعبارتها كالصغيرة وهذا لان الاهل من يقدر على تحصيل النكاح لمقاصده وهى معان يستدعى التوافق بينهما عادة ولا يوقف عليها الا بالعقل الكامل وعقلها ناقص بالحديث فلو فوض اليهن تختل المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لان محمدا رحمه الله يقول الضرر الموهوم ينتفى باجازته ولا خلل فى نفس العقد فيصح (قوله لكن للولى حق الاعتراض فى غير الكفؤ) أى للولى حق الفسخ اذا تزوجت غير كفؤ مالم تلد من الزوج أما اذا ولدت منه فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد وذكر العلامة السغناقى رحمه الله تعالى فى النهاية ولكن ذكر فى مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله تعالى واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فعلم الولى بذلك فسكت حتى ولدت أولادا ثم بدا له أن يخاصم فى ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا فى حق النكاح فى حق البكر نصا بخلاف

ولا

(ولكن للولى الاعتراض فى غير الكفء) يعنى اذا لم تلد من الزوج وأما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كى لا يضيع الولد عن تربيته قال فى النهاية ولكن فى مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فعلم الولى بذلك فسكت حتى ولدت أولادا ثم بدا له أن يخاصم فى ذلك فله أن يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا فى حق النكاح فى حق البكر نصا بخلاف القياس قال كذا كان مكتوبا بخط شيخى وقوله (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز فى غير الكفء) يعنى لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة وهذا أقرب الى الاحتياط فليس كل ولى يحسن المرافعة الى القاضى ولا كل قاض يعدل وهو معنى قوله (لان كم من واقع لا يرفع و يروى رجوع محمد الى قولهما) يعنى ينعقد نكاحها عنده أيضا بالاولى ولا يوقف على الاجازة

(قوله لان السكوت انما جعل رضا فى حق النكاح) أقول سقوط حق الفسخ لم يكن لجعل السكوت رضا بل لئلا يضيع الولد عن تربيته كما لا يخفى

(ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح) خلافا للشافعى رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير أمرها ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف فى المال

حدثنى ربيعة عنى اللهم الا أن يقال هذا فى عدم التكذيب أما اذا كذبه بان يقول ما رويت ذلك فنصوا فى الاصول على رده وفى حكاية ابن جريج ايماء الى ذلك فى رواية ابن عدى فى الكامل اياها فى ترجمة سليمان ابن موسى حيث قال قال ابن جريج فلقيت الزهرى فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له ان سليمان بن موسى حدثنا به عنك قال فاثنى على سليمان خيرا وقال أخشى أن يكون وهم على اه فهذا اللفظ فى عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفى وأما باضعفه به من أن عائشة رضى الله عنها رأويته عملت بخلافه على ما فى الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلى يفتات عليه فى بناته فكلمت عائشة رضى الله عنها المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمرا قضيته فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فاول على معنى أنها أذنت فى التزويج ومهدت أسبابه فلما لم يبق الا العقد أشارت الى من يلى أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد يدل على ذلك ما روى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال كانت عائشة رضى الله عنها تخطب اليها المرأة من أهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها زوج فان المرأة لا تلى عقد النكاح وفى لفظ فان النساء لا ينكحن أسنده البيهقى عنه وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح وهو ما رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ وهو ما استدللنا به وعلى الثانى وهو اعمال طريقة الجمع فبان يحمل عمومه على الخصوص وذلك سائغ وهذا يخص حديث أبى موسى بعد جواز كون النفى للكمال والسنة وهو محمل قولها فان النساء لا تلى ولا ينكحن فى رواية البيهقى و بان يراد بالولى من يتوقف على اذنه أى لا نكاح الا بمن له ولاية لينفى نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والأمة والعبد أيضا لان النكاح فى الحديث عام غير مقيد وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولى وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان فى فصل الشهادة ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفء والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء أو حكمه على قول من يصححه ويثبت للولى حق الخصومة فى فسخه كل ذلك سائغ فى اطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها على أنه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا أنكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه أعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوى وهو أنها تصرفت فى خالص حقها وهو نفسها وهى من أهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى (قوله ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح) معنى الاجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الاجبار أهو الصغر أو البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعى البكارة فانبنى عليه هذه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها أو طلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله أنه ألحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة فى ثبوت ولاية اجبارها فى النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع أن الجهل بامر النكاح هو العلة فى الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جعله لهدم الممارسة مع أن الجهل منتف لانه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن أن يقال ليكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم فى الاصل بالصغر المتضمن

القياس ثم قال كذا كان مكتوبا بخط شيخى

قال (ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح) اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا (خلافا للشافعى) وهو مذهب ابن أبى ليلى له أن الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة (ولهذا) أى ولكونها جاهلة بامر النكاح (يقبض الاب صداقها بغير أمرها ولنا أنها حرة مخاطبة) لان الكلام فى الحرة البالغة وكل من كانت كذلك (لا يكون للغير عليها ولاية) وقوله (والولاية على الصغيرة) جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت (لقصور عقلها) وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف فى المال أى فى مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه

لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع اليه فى رأى أو يلتفت اليه فى أمر ونهى وهذا الذى ظهر أثره فى التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على أن الخلاف فى الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هنا أن ذلك لم يتحقق فى الشرع بعد ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الأشخاص فلا يعتبر أصلا بل المظنة والكلام فيها أهى البكارة أو الصغر فقلنا الصغر أما البكارة فمعلوم الغاؤها من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع أما الصريح ففى سنن أبى داود والنسائى وابن ماجه ومسند الامام أحمد من حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس وحسين هو ابن محمد المروزى أحد المخرج لهم فى الصحيحين وقول البيهقى انه مرسل لرواية أبى داود اياه من حديث محمد ابن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلا ونقل ابن أبى حاتم عن أبيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه وابن علية عن أيوب عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبة الوهم فى الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود أما أولا فبحجية المرسل الصحيح وأما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمان بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادى قال فبرئت عهدته يعنى حسينا وزالت تبعته ثم أسنده عنه قال ورواه أيوب عن سويد هكذا عن الثورى عن أيوب موصولا وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب وصار الحاصل أن عكرمة قال مرة ان جارية بكرا أتت النبى صلى الله عليه وسلم فارسل وذكر مرة أومرارا الواسطة بينه وبين النبى صلى الله عليه وسلم ولا بدع فى ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خذام التى زوجها أبوها وهى ثيب فكرهته فرد النبى صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب اهـ على أنه روى أن خنساء أيضا كانت بكرا أخرج النسائى فى سننه حديثها وفيه أنها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت أنكحنى أبى وأنا كارهة وأنا بكر فشكوت ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخارى تترجح قال ابن القطان والدليل على أنهما ثنتان ما أخرجه الدارقطنى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحهما أبوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنساء بن هويته وهو أبو لبابة بن عبد المنذر صرح به فى سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن أبى لبابة اهـ وهذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جرير الطبرى وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذمارى فقد رواه عنه أيضا أبو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعانى ووهم الدارقطنى الذمارى نفسه عن الثورى وصوب ارساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال يتم به المقصود الذى سقناه له وأخرج الدارقطنى عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعى عن عطاء عن جابر أن رجلا زوج ابنته وهى بكر من غير أمرها فاتت النبى صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما فهذا عن جابر ووهم شعيبا فى رفعه قال والصحيح أنه مرسل وبه يتم مقصودنا اما لانه حجة واما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر وعائشة وان تكلم فيها واما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها باعتبار أنه خص الثيب بانها أحق فافاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه فاستفادة ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذى ذكرناه من رده ولو سلم فنفس نظم باقى الحديث يخالف المفهوم وهو قوله صلى الله عليه وسلم والبكر يستأمرها الخ اذ وجوب الاستئمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للاجبار لانه طلب الامر أو الاذن وفائدته الظاهرة ليست الا ليستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه والحاصل من اللفظ اثبات الاحقية للثيب بنفسها مطلقا ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر وغاية الامر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضا غير أنه أفاد أحقية البكر

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها

باخراجه فى ضمن اثبات حق الاستئمار لها وسببه أن البكر لا تخطب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولى صرح بايجاب استئماره اياها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل أن يظهر رضاها بالخاطب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة فى صحيح مسلم وأبى داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة فى اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلناه من السبب وبه تتفق الروايتان بخلاف ما مشوا عليه فانه اثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الأيم لاعمال المفهوم مع أن باقى نفس رواية الثيب ظاهرة فى خلاف المفهوم على ما قررناه وصريح الرد الذى صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر فلا يجوز العدول عما ذهبنا اليه فى تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر لا بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفى سنن النسائى عن عائشة رضى الله عنها أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها فقالت ان أبى زوجنى ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة فقالت اجلسى حتى يأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فارسل الى أبيها فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبى وانما أردت أن أعلم النساء ان ليس الى الاباء من الامر شئ وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقا ثابتا بل استحباب وفيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك أيضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل ابن أبى بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائى قال حدثنا زياد بن أيوب عن على بن عراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجه حدثنا هناد بن السرى حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال جاءت فتاة وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل مع أن العرب انما يعتبرون فى الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف فى أقل شئ من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسرا الى من هو أبغض الخلق اليها ويملكه رقها ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا انما ينبو عنه قواعد الشرع وأما الاقتضاء فجميع ما فى السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما فى حديث أبى هريرة لا تنكح البكر حتى تستأذن الحديث وسياقى لا يعقل له فائدة الا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك وعرى الامر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الاحالة ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم انه نوع منه فظهر ظهور الامر دله أن ايجاب استئذانها صريح فى نفى اجبارها والولاية عليها فى ذلك وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلان المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعى قبل الشروع وجب أن لا يجوز لانه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يطرأ بعد العقد والله سبحانه أعلم (قوله وانما يملك الخ) يعنى أن العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الابكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهم من غير معارضة البنات فى ذلك لآبائهن ولاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الاذن منهن ثابتا دلالة نظرا الى ما ذكرنا فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع اليه الا أن يوجد نهيها صريحا لان الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها ومن فروع قبض الاب صداقها أنه لا يملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا الا يلى قبض السود وبالعكس لانه استبدال ولا يملكه قال الحلوانى هذا مذهب علمائنا وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس وفى الفتاوى الصغرى وان قبض الضياع يعنى بدل المسمى لا يجوز الا فى مكان جرت العادة فيه بذلك كما فى رساتيقنا يأخذون بعض المهر ضياعا اهـ هذا اذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع والاب يملك بيع مال بنته الصغيرة وفى

وقوله (وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة) جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحى عن قبض صداقها وان الاب هو الذى يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها الى زوجها فكان ذلك اذنا دلالة (ولهذا لا يملك مع نهيها) لان الدلالة تبطل بصريح يخالفها

قال (واذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو اذن) لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستأمر فى نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

النوازل وان كان فى بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لانه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء فى الحقيقة وللاب أن يطالب بالمهر وان كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر حكم نفس العقد والجد عند عدم الاب كالاب ولا يملك غيرهما قبض المهر ولا الام الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر وفى جوامع الفقه زاد للقاضى قبض صداق البكر صغيرة كانت أو كبيرة الا اذا زفت ولو طلب الاب مهرها أعنى البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعنى فلا تملك قبضه لانها خرجت عن حكم الابكار وقال الاب بل هى بكر فى منزلى فالقول قول الاب لان الزوج يدعى حادثا بلا بينة فان قال الزوج حلفه أنه لم يعلم أنى دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل أن يحلف وهو صواب لان الاب لو أقر بذلك صح اقراره فى حق نفسه حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكان التحليف مفيدا قال ورأيت فى أدب الخصاف أنه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب ولا بينة غير أن الاب أقر أنه قبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق أو ثيبا فلا لان اقراره حالة البكارة فى حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطالبت المهر فقال الزوج دفعته الى أبيك وأنت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها أن تأخذ المهر من الزوج وليس للزوج أن يرجع على الاب لانه أقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر أخذته منك على أن أبرأتك من صداق بنتى فحينئذ له أن يرجع عليه اذا أنكرت (قوله واذا استأذنها فسكتت الخ) ظاهر حكما ودليلا والمراد بالسكوت الاختيارى فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فيها فانفلت فردت ارتد ولا فرق بين العلم والجهل فى التجنيس حتى لو زوجها أبوها فسكتت وهى لا تعلم أن السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون اذنا فى الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختير للفتوى وعن أبى يوسف فى البكاء أنه رضا لانه لشدة الحياء وعن محمد رد لان وضعه لاظهار الكراهة والمعول عليه اعتبار قرائن الاحوال فى البكاء والضحك فان تعارضت أو أشكل احتيط وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أن دموعها ان كانت حارة فهو رد أو باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى أو عدمه اذ الاحساس بكيفيتى الدمع لا يتهيأ الا للخد الباكى ولو ذهب انسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن به القلب الا أنه كذا ذكر وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضا منها هذه وضممت اليها ما تيسر وقد جمعتها فى هذه الابيات تسهيلا لحفظها

سكوت بكر فى النكاح وفى * قبض الابن صداقها اذن
قبض المملك والمبيع ولو * فى فاسد واذا اشترى قن
وكذا الصبى وذو الشراء اذا * كان الخيار له كذا سنوا

(قوله واذا بكت بلا صوت لا يكون رد) الانها تحزن على مفارقة بيت أبويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وقيل ان كان دمعها باردا فرضا وان كان حارا فلا وان كان عذبا فرضا وان كان مالحا فلا وان استأمرها فى نكاح رجل فابت ثم زوجها فسكتت فهو رضا خلافا لابن مقاتل لتصريح سخطها قلنا قد ترضى فى الثانى بما أبته حالا وان استأمرها فى نكاح رجل فقالت غيره أحب الى منه فليس باذن وان زوجها رجلا ثم أخبرها به فقالت كان غيره أحب الى منه فاجازة

قال

وقوله (واذا استأذنها الولى) ظاهر

قال (وان فعل هذا غير ولى) يعنى استأمر غير الولى (أو ولى غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به)

مولى الاسير يباع وهو يرى * وأبو الوليد اذا انقضى الزمن
وعقيب شق الزق أو حلف * ينفى به الاسكان اذ ضنوا
وعقيب قول مواضع نمضى * أو وضع مال ذا له برنو
وبلوغ جارية وزوجها * غير الابن بذاك قد منوا
وكذا الشفيع وذو الجهالة فى * نسب شراه من به ضغن
واذا يقول لغيره فسكت * هذا متاعى بعه يا معن
واذا رأى ملكا يباع له * وتصرفوا زمنا فلم يدنوا

قولى سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده أعنى اذا زوجها فبلغها فسكتت وقبض المملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضا بمرأى من المملك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا المبيع ولو فى بيع فاسد اذا قبضه المشترى بمرأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له أن يسترده بل يطالب بالثمن وفى كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا فى الفاسد واذا اشترى قن يعنى اذا اشترى العبد شيأ بحضرة سيده فسكت كان اذنا قال الحلوانى لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده والصبى اذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد وذو الشراء أى المشترى عبدا اذا كان له الخيار فرأى العبد يبيع أو يشترى فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير أى العبد الذى أسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع فى سهم مسلم كان مولاه أحق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له أن يأخذه وأبو الوليد اذا سكت ولم ينفه حتى مضت أيام التهنئة على الخلاف فى مقدار زمنه أهو الاسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينتفى بعد والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب الحلف على أن لا أسكن فلانا وفلان ساكن فيحنث فان قال عقبه أخرج فابى لم يحنث وعقيب قول مواضع أى رجل واضع غيره على أن يظهرا بيع تلجئة ثم قال بدا لى أن أجعله بيعا نافذا بمسمع من الآخر فسكت ثم عقد كان نافذا وعقيب وضع رجل متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه والشفيع اذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما وذو الجهالة أى مجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة زاد الطحاوى فى اعتبار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام واذا يقول رجل لغيره بع متاعى فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة فلا يكون بيع فضولى وليس من فروع هذه ما فى الجوامع لو استأمر بنت عمه لنفسه وهى بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا رأى ملكه منقولا أو عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشترى وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه ذكره فى منية الفقهاء وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعترافا بان لا حق له فيه عندنا خلافا لابن أبى ليلى والتى زدتها مسألة الوديعة والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة لا المحصورة (قوله وان فعل هذا) أى الاستئذان (غير ولى) بان كان الاب كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كالاخ مع الاب (لم يكن) سكوتها ولا ضحكها (رضا) بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولى فاخرجه آخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا وعن الكرخى يكفى سكوتها وان كان المستأمر أجنبيا لان استحياءها منه أكثر منه مع الولى قلنا السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا للحاجة وهى تندفع باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره فى محل الحاجة بخلاف غيرهم اذ لا يعتبر المحتمل فى غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تنطق فلو لم يكتف

(قوله وان فعل هذا) أى استأمرها غير الولى أو ولى غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم وقال الكرخى

وقوله (وان فعل هذا) يعنى الاستئمار والاستئذان (غير ولى) وهو الاجانب أو قريب ليس بولى بان كان كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كاستئذان الاخ مع وجود الاب (لا يكون رضا حتى تتكلم به)

لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والا كتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة فى حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه (ولا تشترط تسمية المهر) هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه

بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضى أنه مع الاولياء أيضا محتمل على السواء ويناقيه قوله لان جنبة الرضا فيه غالبة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقول المصنف ولو وقع كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان أراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان أراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا الا يتقيد بحالة كون المستأمر وليا فان قيل يشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها أن تسكت ونحوه من غير تقييد بكون المستأمر وليا قلنا يتقيد بالعرف والعادة وهى أن المستأذن للبكر ليس الا الولى بل لا يخلص اليها غيره (قوله ويعتبر فى الاستئمار) أى يعتبر فى كون السكوت رضا فى الاستئمار (تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها) اما باسمه كازوجك من فلان أو فلان أو فى ضمن العام لا كل عام نحو من جيرانى أو بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض بخلاف من بنى تميم أو من رجل لانه لعدم تسميته يضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغى تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا أو عرفته قبل ذلك (١) ولو زوجها بحضرتها بغير كفء فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة وهو قول أبى يوسف ومحمد قال الفقيه أبو الليث وهو يوافق قولهما فى الصغيرة (قوله ولا يشترط تسمية المهر) أى فى كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان للنكاح صحة بدونه وصحح فى شرح الوافى أن المزوج ان كان الاب أو الجد لا يشترط والا اشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمى المهر أقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا اهـ والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشئ لان ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام فى الكبيرة التى وجبت مشاورته لها والاب فى ذلك كالاجنبى لا يصدر عن شئ من أمرها الا برضاها غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر أن لا يصح بلا تسمية المهر لها الجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة فالم تعلم ثبوتها لا ترضى وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب أن لا يتركه الا لما يربو عليه لا يقتضى رضاها بتركه لتلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام فى البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول أبى حنيفة انما هو فى الصغيرة أما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير أن سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضا به وفى غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا فاما اكتفى الا بالمظنون على ماذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولى مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها

رحمه الله هذا رضا لان حياءها منه أشد (قوله ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج) على وجه تقع به المعرفة حتى لو قال أزوجك أحد جيرانى أو بنى عمى لم يكن سكوتها رضا لان الرضا بالمجهول لا يتصور ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح وقيل لابد من تسمية المهر والصحيح ان المزوج ان كان أبا أو جدا فذكر الزوج يكفى لانه لا ينقص عن المهر الا لغرض فوقه وان كان غيرهما فلابد من تسمية المهر وقيل لو عد جماعة فسكتت زوجها من أحدهم وكذا ان ذكر بنى فلان وهم يحصون والا لم يجز قال الامام التمرتاشى رحمه الله ولم أعثر على حد الاحصاء هنا وقد ذكر فى الوصية لبنى فلان عن محمد رحمه الله ما زاد على العشرة لا يحصون وعنه ما زاد على مئة وقيل ثمانون وقيل أربعون وقيل ذلك مفوض الى رأى القاضى فالذكر ثمة يكون ذكرا هنا

لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا) وقوله (ولو وقع) أى السكوت دليلا (فهو) دليل (محتمل) يحتمل الاذن والرد (والاكتفاء بمثله) فى الدلالة (للحاجة ولا حاجة فى حق غير الاولياء) لانه فضولى أو فى حق ولى غيره أحق لعدم الالتفات الى كلامه (بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه) وقوله (ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج) يعنى اذا استأمر فلابد أن يسمى الزوج على وجه تعرفه أما اذا أبهم وقال انى أزوجك رجلا فسكتت لا يكون السكوت رضا (ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لابد من تسمية المهر فى الاستئمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق فى القلة والكثرة ووجه الصحيح ماذكره أن للنكاح صحة بدونه فلا يحتاج الى ذكره

(١) قوله ولو زوجها الى آخر العبارة هذه زيادة ثبتت فى نسخة وسقطت من أخرى فحررها كتبه مصححه

(ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ماذكرنا) من كونه رضا وكان محمد بن مقاتل يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس فى معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستئمار لا يكون ملزما لتمكنها أن ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنا نقول هذا فى معنى المنصوص لان لها عند الاستئمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة فى الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف وقوله (ثم المخبر ان كان فضوليا) اعلم أن محل الخبر اذا كان فى حقوق العباد فهو على ثلاثة أقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشربة والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام أصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة فى الهدايا والاذن فى التجارات وما أشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتى نحن فيها واخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها فالاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثانى يشترط فيه التمييز دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا أو وكيلا لم يشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو أخبر الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه أحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة عند أبى حنيفة وعندهما هو نظير القسم الثانى فى اشتراط أن يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا أو لم يكن وموضع ذلك أصول الفقه

ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ماذكرنا لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها رضا مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها وفى التجنيس فى باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان وهبها يعنى ان فوضها ينفذ النكاح وان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به أيضا اهـ وهو فرع اشتراط التسمية فى كون السكوت رضا ويجب كون الجواب فى المسئلة الاولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر (قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ماذكرنا) من أنها ان سكتت أو ضحكت بلا استهزاء أو بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا اهـ وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص وأما بعده فالحاجة الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لانه ليس فى معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن أبى يوسف السكوت بعد العقد رد ذكره فى البدائع قال وهو قول محمد والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فكما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على أن الحق أنه ملزم فى كل منهما غير أنه فى تقدم العقد يثبت به اللزوم فى الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية أبى يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال أن تسكت فهذا صريح فى منع النكاح قبل الاستئذان فالجواب أن الاتفاق على أنهم لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهى فعلم أن الاتفاق على أن المراد بالنهى المنع عن تنفيذ العقد عليها وابرامه قبل اذنها وانما الخلاف فى أن الاجازة بعد العقد بماذا تكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهى المذكور بعد الاتفاق على أن المراد منه ماذكرنا وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها فى معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لان العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما اذا زوج قبل الاستئذان اذ غالب حالهن اظهار النفرة عند فجاة السماع هذا والاوجه عدم الصحة لان ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريد ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للاخبار بانها على امتناعها (فروع) ولو زوجها وليان مستويان كل

وقيل ان قال أزوجك رجلا جاز بسكوتها وفى أزوجك لم يجز حتى يسميه والصحيح ان الاخبار كذا (قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت) فهو على ماذكرنا أى السكوت رضا بشرط تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة وقال محمد بن مقاتل ان استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا فاما اذا بلغها العقد فسكتت لا يكون رضا لانه ثبت بخلاف القياس قبل العقد بالنص وهذا ليس فى معناه لان السكوت عند الاستئمار لا يكون ملزما وحين بلغها العقد يكون ملزما قلنا هذا فى معناه لانه انما جعل رضا هنالك بعلة الحياء وهو موجود

(قوله واخبار المولى بجناية عبده) أقول الاظهر أن يقول وجناية العبد

وله نظائر (ولو استأذن الثيب فلابد من رضاها بالقول) لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة

من واحد فسكتت فعن محمد بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس لان سكوتها رضا وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل ونقله فى البدائع عن محمد فعنه حينئذ روايتان ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت فى مجلس آخر بعد ما قال لها ان أقواما يخطبونك أنا راضية بما تفعل فزوجها من الاول لا ينفذ عليها الا باجازة مستقبلة لان تقدير كلامها اذا رغبت عن فلان فان أقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن الى ما يعم الاول وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل انى كرهت فلانة فطلقتها فزوجنى بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة لا يصح وكذا اذا باع عبدا ثم وكل رجلا بشراء عبد فاشترى له الاول لا يصح ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الاصح وقولها غيره أحب الى قبل العقد ردو بعده اذن لانه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا فى الواقعات وقولها ذلك اليك اذن وقولها أنت أعلم ليس باذن لانه تعريب قولها أو يقاربه بالفارسية تو به دان ولو استأذنها فقالت لا يكون اذنا لانه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقة تو به دان أنت بالمصلحة أخبر أو بالاحسن أعلم وهذا اختيار الفقيه أبى الليث بخلاف قولها ذلك اليك فانه اذن لانه انما يذكر للتوكيل ولا يخفى أن مسئلة غيره أحب الى مشكلة ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لان ذلك انما يتم بعد الصحة وهى بعد الاذن (قوله وله نظائر) كاخبار الوكيل بالعزل والماذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه واعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الاحكام على المسلم الذى لم يهاجر فى دار الحرب ان كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا أو عبدا لانه قائم مقام المرسل فاخباره كاخباره وان فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط فى لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعى لا يثبت فى حقه الا باثنين أو عدالة الواحد (قوله واذا استأذن الثيب) أى الكبيرة أما الصغيرة فلا استئذان فى حقها أصلا كالبكر الصغيرة (فلابد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور) ولا تكون المشاورة الا بالقول لانها طلب الرأى ثم هى مفاعلة فتقتضى وجوده من الجانبين وفى كل من الحكم والدليل نظر أما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأى لكن لا نسلم أنه يشترط فى افادة الرأى فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول فى حق الطالب ضرورى لا مفهوم اللغة وحينئذ فكون المشاورة تستدعى جوابا باللفظ ممنوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة السابق لا تنكح الايم حتى تستامر والامر يكون بالقول لا بغيره ومنع بما فى السنن من حديث ابن عباس رضى الله عنهما والبكر تستامر فى نفسها واذنها صماتها وأجيب بانه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله واذنها صماتها ولم يوجد مثلها فى الثيب فتجب حقيقته وأصرح من هذا قوله فى حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه أن الحكم فى المذهب خلافه وهو النظر الثانى بل امابه كنعم أو رضيت أو بارك الله لنا أو أحسنت و بالدلالة كطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء وحينئذ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضا بخلاف الثيب لابد فى حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق أن الكل من قبيل القول الا التمكين فيثبت بدلالة نص الزام القول لانه فوق القول

هنا (قوله وله نظائر) كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية العبد واخبار الشفيع ووقوع العلم بفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الشرائع على المسلم الذى لم يهاجر (قوله الثيب تشاور) المشاورة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من الطرفين وقد وجد النطق من الولى فينبغى ان يوجد منها والدليل عليه رواية أخرى الثيب يعرب عنها لسانها فدل على ان النطق شرط الوثبة هى الوثوب من فوق والطفرة الى فوق

(ولو استأذن الثيب فلابد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور) وجه الاستدلال أن المشاورة من باب المفاعلة وهى تقتضى الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولى بالسؤال فلابد من النطق منها فى الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأى بالاشارة الى الصواب (وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق) فى النكاح من الثيب (لا يعد عيبا) واذا لم يعد عيبا لم يكن يعنى النطق فى البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن فى معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضا لتوفر الحياء فان عائشة لما أخبرت أن البكر تستحى قال عليه السلام سكوتها رضاها والحياء فى الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة

(قوله وذلك لا يكون الا بالنطق) أقول فى الحصر كلام لجواز أن يكون بالاشارة والكتابة (قوله واذ لم يكن فى معناه لا يلحق به) أقول فى عدم لزومه وقيام السكوت مقامه (قوله ولان السكوت صار رضا لتوفر الحياء) أقول الظاهر أنه لا فرق بين ذينك التعليلين الا فى العبارة ألا يرى الى قوله فيما يجىء فيعيبونها بالنطق فتستحى فليتأمل

فلا

(فلا مانع من النطق فى حقها واذا زالت البكارة بوثبة) وهو الوثوب من فوق (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) عنست الجارية وعنست عنوسا اذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج (فهى فى حكم الابكار) فى كون اذنها سكوتها (لانها بكر) اذ البكر هى التى يكون مصيبها أول مصيب وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهى أول الثمار ومن البكرة وهى أول النهار وردبانه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زائلة البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له أن يردها وأجيب بان الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا (لانها تستحى لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهى كذلك عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة) اذ الثيب من يكون مصيبها عائدا اليها مشتق من المثوبة وهى الثواب وانما سمى بها لانها مرجوع اليها فى العاقبة ومن المثابة وهو الموضع الذى يثاب أى يرجع اليه مرة بعد أخرى ومن التثويب وهو الدعاء مرة بعد أخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها (ولابى حنيفة أن الناس عرفوها بكرا) وتقريره أن الشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء على ما روينا من حديث عائشة واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس عرفوها بكرا (فيعيرونها) وفى بعض النسخ فيعيبونها (بالنطق) فتستحى (فتمتنع) من النطق وكانت العلة موجودة (فيكتفى بسكوتها كى لا تتعطل عليها مصالحها) واذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وهو باطل لان هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل فى مقابلته فان قيل لا نسلم أن هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك أمر محمود

فلا مانع من النطق فى حقها (واذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهى فى حكم الابكار) لانها بكر حقيقة لان مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحى لعدم الممارسة (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهى كذلك عند أبى حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابى حنيفة أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كى لا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

(قوله واذا زالت بكارتها الخ) أى اذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهو أن تصير عانسا أى نصفا

(قوله فان زالت بكارتها بوثبة) الى قوله فهى فى حكم الابكار وفيه خلاف الشافعى رحمه الله هو يقول ان البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها وهذه زالت عذرتها فتكون ثيبا فان قيل لو اشترى أمة بشرط انها بكر له ردها لو وجدها بغير هذه الصفة ولهذا قد قيل لا يكون له ولاية الرد اذا أقر المشترى ان عذرتها زالت بالوثبة لانها بكر لكنها ليست بعذراء اذ المعتاد بين الناس انهم يريدون باشتراط البكارة فى المشترى صفة العذرة والحكم هنا تعلق بالحياء وبصفة البكارة وهما قائمان الثيب مشتق من ثاب أى رجع ومنه المثوبة لانها جزاء عمله يعود اليه والمثابة لانها مرجع الناس والتثويب لانه عود الى الاعلام بعد الاعلام (قوله ولو زالت بكارتها بزنا فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله) بعلة الحياء فان قيل هذا

وهذا الحياء حياء معصية فليس من أفراده حتى يدخل تحت النص أجيب بان هذا الحياء أشد لان فى الاستنطاق باعتبار أنها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التأفيف فيلحق به قوله (بخلاف ما اذا وطئت بشبهة) متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعنى أن من وطئت بشبهة (أو بنكاح فاسد لا يكون اذنها سكوتها) لعدم الحياء ثمة (لان الشرع أظهره حيث علق به أحكاما) من لزوم العدة والمهر واثبات النسب (أما

الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها) باقامة الحد عليها أو لصيرورته عادة (لا يكتفى بسكوتها) فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها فى هاتين الصورتين أيضا لانها داخلة تحت اسم البكر فى لسان الشرع وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة أجيب بان هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف بعيد فان فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود أيضا ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع فعرفنا أن المعتبر بقاء صفة الحياء

(قوله وهذه كذلك مشتق من الباكورة) أقول بالاشتقاق الكبير ثم ان الملائم لكلام المصنف أن يقول مشتق منه الباكورة ولعله أراد التنبيه على جواز القول فى الاشتقاق الكبير باشتقاق كل منهما من الآخر فتدبر (قوله مشتق من المثوبة) أقول اشتقاقا كبيرا (قوله على ما روينا من حديث عائشة رضى الله عنها) أقول روى ذلك قبل عشرة أسطر تخمينا وهو قوله فان عائشة رضى الله عنها لما أخبرت أن البكر تستحى قال صلى الله عليه وسلم سكوتها رضاها (قوله لان هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل فى مقابلته) أقول لا يخرج بكون العلة منصوصا عليها عن كونه تعليلا فى مقابلة النص كما لا يخفى على من نظر فى كتب الاصول ثم اذا خالف الدلالة العبارة فالتقدم للعبارة كما بين فى الاصول (قوله لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الى قوله فليس من افراده الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر أن ذلك أيضا من كرم الطبيعة ولولاه لما امتنعت عن الاظهار والاعلان ولا يجب عليها الحد بهذا المقدار (قوله فان قيل يجب أن يكتفى بسكوتها فى هاتين الصورتين أيضا) أقول يعنى فى صورة اقامة الحد وصورة صيرورته عادة

(واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها) وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضى المدة ونحن نقول انه يدعى لزوم

لم تتزوج أوخرق استحياء أوعود أوحمل ثقيل تزوج كالابكار اتفاقا وكذا اذا فارقها الزوج لجب أوعنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة وهذه مما تخالف حكم الخلوة والدخول وكذا اذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لانها فى هذه الصور كلها بكر حقيقة لانها لم يصبها مصيب ولهذا لو أوصى لابكار بنى فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على أنها بكر حيث ترد اذا وجدت زائلة البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد والجواب أن البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه الباكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهى أخص أوهى من لم يصبها مصيب ومن أفراده قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرد فى البيع المبنى على المشاححة فترد لفوات العذرة وهى تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع فى النكاح المبنى على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على أنه قد قيل اذا اعترف المشترى بان زوالها بوثبة لا ترد ولان العادة ارادة العذرة فى اشتراط البكارة فى البيع فيتقيد بها وأيضا لو أوصى لابكار بنى فلان دخلت هذه وأيضا الاستحياء قائم وانها علة منصوصة فيثبت الحكم فى مواضع وجودها بالنص وفيه نظر اذ الاستحياء حكمة نص عليها لا يناط الحكم عليها لعدم انضباطها ولذا لو فرض أن استحياء من زالت بكارتها بزنا أشد من العذراء لا تزوج كالبكر وهذا لان الحكمة وان كانت هى المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها اذا كان فيها مراتب متفاوتة أوخفاء فى تحققها فى بعض المحال ولا يناط الا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات الى الحكمة وجدت أوعدمت ولو اعتبر هنا حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة فى ثبوت الحكم وان زالت بزنا مشهور أو وطء بشبهة أونكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعى تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة لانها جزاء عمله يعود اليه والمثابة الموضع الذى يرجع اليه حتى تدخل فى الوصية للثيبات من بنات فلان وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك أشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما أورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من أنه عام خص منه الثيب المجنونة والامة فيخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود فى المزنية ونفس المجيب صرح بعده فى مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بان الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا بعد ما نقول قول محمد لو أوصى لايامى بنى فلان لا تدخل الابكار وصحح دخولهن كقول الكرخى اهـ والاولى أن الفرض أن الزنا غير مشهور ففى الزامها النطق اشاعته فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة فى هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وأيضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهرا كما هو فى أمثاله لا فى نفس الامر ولذا لم يوجب على الولى استكشاف حالها عند استئذانها أهى بكر الآن ليكتفى بسكوتها أم لا بل اكتفى بالبناء على الاصل الذى لم يظهر خلافه والكلام هنا فى ثيوبة بزنا لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكفى سكوتها (قوله واذا قال الزوج بلغك الخ) صورتها ادعى على بكر بالغة أن وليها

التعليل فى معرض النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وانها ثيب حقيقة ولهذا لو أوصى لثيب بنى فلان تدخل الزانية فكذا تحت قوله عليه السلام الثيب تشاور قلنا علة الحياء منصوص عليها فان عائشة رضى الله عنها قالت ان البكر تستحى يا رسول الله فقال عليه السلام اذنها صماتها والكلام اذا خرج مخرج الجواب يتضمن اعادة ما فى السؤال فصار كانه عليه السلام قال اذنها صماتها لانها تستحى والحياء هنا قائم لانها

وقوله (لان السكوت أصل والرد عارض) بناء على أن السكوت عدم الكلام ولا شك فى تقدمه على عروض الكلام (فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضى المدة) فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعى السكوت وقوله (ونحن نقول) ظاهر وحاصله أنه يعتبر الانكار المعنوى وزفر يعتبر الانكار الصورى

العقد

وقوله (بخلاف) جواب عن قياس زفر ووجهه أن يجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضى المدة فلهذا كان

العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضى المدة وان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وستأتيك فى الدعوى ان شاء الله تعالى

زوجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر له لتمسكه بالاصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده قول العبد وهذه العبارة أولى من قوله فى المبسوط ان الخلاف فى مسئلة النكاح بناء على الخلاف فى مسئلة العبد اذ ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف فى الآخر باولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من أن المشترى بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا لتمسكه بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة وقال المشترى بل سكت القول قول المشترى أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولى غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغنى الخبر بعد البلوغ أوحين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهى تنكر والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذى هو الاصل فكانت هى متمسكة باصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعى رد الوديعة والمودع ينكر فان القول لمدعى الرد وان كان مدعيا صورة لتمسكه بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه

ابتليت مرة بالزنا لفرط الشبق أو للاكراه فلا يزول حياؤها بل يزداد لان فى الاستنطاق ظهور فاحشة وهى تستحى من ذلك غاية الحياء وقوله عليه السلام الثيب تشاور خص منه الامة والمجنونة والعمل بالعلة المنصوصة التى لم تخص أولى من العمل بذلك النص المخصوص فان قيل حياء البكر حياء كرم الطبيعة وهو محمود وهذا حياء من ظهور الفاحشة فلم يكن فى معنى المنصوص عليه قلنا هذا الحياء ممدوح أيضا لانها تستر على نفسها وقد أمرت بذلك قال عليه السلام من أصاب من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله والحياء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة وحسن العقيدة أيضا ولما سقط نطقها فى موضع كان نطقها دليل رغبتها فى الرجال على أحسن الوجوه فلان يسقط نطقها فى موضع يكون نطقها دليل رغبتها فى الرجال على أفحش الوجوه أولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين ألزمها العدة والمهر وأثبت النسب وهنا الشرع ما أظهر عليها اذ لم يعلق به شيأ من الاحكام وأمرها بالستر على نفسها فان أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح ان لا يكتفى بسكوتها وكذا اذا صار الزنا عادة لها وقيل يكتفى بسكوتها فى هذين الفصلين لانها بكر شرعا ألا ترى انها تدخل تحت قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان هذا موجود فى الموطوأة بشبهة ونكاح فاسد ولا يكتفى بسكوتها فعلم ان المعتبر بقاء صفة الحياء (قوله فكانت منكرة) وهذا لما عرف ان الدعوى اذا خلت عن البينة يعتبر فيها المعنى دون الصورة ففى حق هذه الشهادة تعتبر الصورة لان الشهود لا يعرفون الا الظاهر وفى حق اليمين يعتبر المعنى لانهم ما يعرفان حقيقة الحال والمرأة هنا مدعية صورة منكرة معنى كالمودع فى دعوى رد الوديعة مدع صورة منكر معنى ثم فى الوديعة القول قول المودع فى دعوى رد الوديعة فكذا هنا القول قولها فى دعوى رد النكاح اذ العبرة للمعنى لا للصورة فى الفصلين وهذا بخلاف مسئلة الخيار لان لزوم البيع قد تحقق بمضى المدة قبل اظهار الرد وبعد لزوم البيع لا يمكنه الرد (قوله وان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت عدما على ما يجىء من الشارح نقلا عن قاضيخان (قوله فان أقاما البينة قال الامام التمرتاشى الخ) أقول وهكذا فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان

القول للساكت (وان أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح) فان قيل هذه شهادة قامت على النفى لما ذكرتم أن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفى غير مقبولة أجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فاقامت بينة أنه لم يقله يقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لما أنه لو قاله لسمعه الشهود وان أقاما البينة قال الامام التمرتاشى بينتها أولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو أقامها على أنها أجازت أورضيت حين علمت حتى استويا فى الاثبات ترجحت بينته لاثباته اللزوم (وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبى حنيفة وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وستأتيك فى الدعوى ان شاء الله تعالى)

(قوله أجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به الخ) أقول مخالف لما سيقوله المصنف فى باب اليمين فى الحج والصلاة من أن الشهادة على النفى غير مقبولة مطلقا أحاط به علم الشاهد أولا والاولى ان يجاب بمنع كون السكوت

(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولى هو العصبة) ومالك رحمه الله يخالفنا فى غير الاب والشافعى رحمه الله فى غير الاب والجد

ظاهر الا لكونه أصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا فى الاصل وقد لزم بمضى المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المزوجة صغيرة تدعى زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرها يقينا والزوج ينكر ومثله الشفيع ثم ان أقام الزوج البينة على سكوتها على بها الا انها لم تقم على النفى بل على حالة وجودية فى مجلس خاص يحاط بطرفيه أو هو نفى يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردة فى مجلس فاقامها على عدم التكلم فيه يقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا فى الجوامع وان أقاماها فبينتها أولى لاثبات الزيادة أعنى الرد فانه زائد على السكوت ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما فى الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا فى الشروح وعزا فى النهاية للتمرتاشى وكذا هو فى غير نسخة من الفقه لكن فى الخلاصة نقلا عن أدب القاضى للخصاف فى هذه المسئلة لو أقام الاب أو الزوج البينة على الاجازة والمرأة على الرد فبينتها أولى فتحصل فى هذه الصورة اختلاف المشايخ ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت مالم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين فى الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فحينئذ القول لها الظهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره فى لزومه أيضا كذا فى المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة تذهب من عصمتها من غير يمين تلزمه به عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما عليها فان نكلت بقى النكاح عندهما وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وزيد عليها دعوى الامة أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد وجمعتها فى هذين البيتين

نكاح وفيئة ايلائه * ورق ورجع ولاء نسب
ودعوى الاماء أمومية * فليس بها من يمين وجب

وسيأتى فى الدعوى صورها والفتوى على قولهما فيها وقيل يتأمل القاضى فى حال المدعى فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولهما وفى الغاية معزيا الى فتاوى الخاصى أنه لو ادعى رجل على آخر أنه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند أبى حنيفة وفى الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الاقرار ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه أن يكون هذا قولهما (قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى) لقوله تعالى واللائى لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وأبى بكر بن الاصم منه وتزويج أبى بكر عائشة رضى الله عنهما وهى بنت ست نص قريب من المتواتر وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضى الله عنهم نص فى فهم الصحابة عدم الخصوصية فى نكاح عائشة (قوله والولى هو العصبة ومالك يخالفنا فى غير الاب والجد

النكاح) فان قيل هذه شهادة قامت على النفى لان السكوت عبارة عن عدم الكلام والشهادة على النفى غير مقبولة قلنا لا نسلم هذه الدعوى مطلقا فان الشهادة على النفى مقبولة فيما اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعى الزوج أنه قال قول النصارى فيما اذا ادعت المرأة أنه قال عزير ابن الله ثم ادعت المرأة أنه لم يقل قول النصارى وأقامت على ذلك بينة حيث يقبل ويفرق بينهما لما أنه لو كان قاله يسمعه الشهود فكذلك ههنا أو نقول بل السكوت أمر وجودى وهو ضم الشفتين فيلزم منه عدم الكلام فكان السكوت من لوازمه فحينئذ لا تكون الشهادة على النفى وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله فان أقاما البينة فبينتها أولى لانها تثبت الرد وهو أثبت عدما وهو السكوت حتى لو أقام على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استويا فى الاثبات ترجحت بينته لاثباته (قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى) وقال ابن شبرمة

وفى

قال (ويجوز نكاح الصغير والصغيرة) يجوز نكاح الصغير والصغيرة (اذا زوجهما الولى بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولى هو العصبة) على ترتيب العصبات فى الارث وقال مالك وليهما الاب ليس الا حتى لو زوجهما الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعى وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا وان كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ أو العم أو زوج الثيب الصغيرة الاب أو الجد كرها لا ينفذ النكاح

(قال المصنف والولى هو العصبة) أقول هذا جواب القياس أو المراد هو العصبة وما يلحق بهم لئلا يخالف لما سيجىء (قوله أو زوج الثيب الصغيرة الاب أو الجد كرها) أقول قوله كرها مستدرك فانه لو زوجها طوعا لا يجوز أيضا عنده فان اذنها قبل البلوغ غير معتبر (قوله لا ينفذ النكاح) أقول الظاهر لا ينعقد

(وجه قول مالك أن الولاية على الحرة) مع قيام المنافى (باعتبار الحاجة ولا حاجة) فى الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما (غير أن ولاية الاب ثبتت نصا على خلاف القياس) فان أبا بكر زوج عائشة من النبى صلى الله عليه وسلم وهى بنت ست سنين وصحح النبى صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه ليس فى معناه لان الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد وشفقته قد نقصت فلا يكون فى معناه (قلنا لا) نسلم أن الولاية على الحر على خلاف القياس (بل هو موافق له لان النكاح

وفى الثيب الصغيرة أيضا وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة الا أن ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس فى معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء فى كل زمان فاثبتنا الولاية فى حالة الصغر احرازا للكفء وجه قول الشافعى أن النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف فى المال مع أنه أدنى رتبة فلان لا يملك التصرف فى النفس وانه أعلى أولى ولنا أن القرابة داعية الى النظر كما فى الاب والجد وما فيه من القصور أظهرناه فى سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف فى المال فانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل

وفى الثيب الصغيرة) فعنده لا يلى عليها أحد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرناها وجه قول مالك أن الولاية على الحرة انما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا أن ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس لان أثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج أبى بكر عائشة رضى الله عنهما وهى بنت ست والجد ليس فى معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يقدم وصى الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء فى كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص بعلة احراز الكفء اذا ظفر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد وجه قول الشافعى أن التفويض الى غيرهما مخل بالقصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الاجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الاجماع على عدم ولايته فى المال الا بوصية وهو أدنى من النفس فسلبها فى النفس أولى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة الصغيرة التى لا أب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفى الحديث أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر فردها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستأمر وتأثير هذا الوصف أن مزوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية فى المال ففى النفس أولى أن لا تثبت ولنا قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية تمنع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف ولا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فالمنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن فعند عدمه يثبت الجواز بالاصل الممهد لا مضافا الى الشرط ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة انها نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها يرغب فى مالها ولا يقسط فى صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن فى الصداق وقالت فى قوله تعالى فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن الآية نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها ولا يرغب فى نكاحها

وأبو بكر الاصم انه لا يزوج الصغير والصغيرة أحد حتى يبلغا (قوله وفى الثيب الصغيرة أيضا) أى ويخالفنا الشافعى رحمه الله فى اجبار الثيب الصغيرة للاب والجد أيضا (قوله بخلاف التصرف فى المال) لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل أى بتداول الايدى بان باع الولى من ماله شيئا ثم باع المشترى من آخر أو غاب المشترى وقد يتعذر الظفر بمن عاقده الولى لغيبته أو لخوله أو لموته أو لنسيانه فلا يمكن تدارك الخلل الواقع من قصور الشفقة فلم يمكن ان تثبت ولاية التصرف فى المال لغير الاب والجد الا ملزمة ولا تثبت ولاية الالزام

يتضمن المصالح) من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة (ولا تتوفر الا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء فى كل وقت فاثبتنا الولاية فى حال الصغر احرازا للكفء) لكل من يتأتى منه الاحراز أبا كان أو غيره ووجه قول الشافعى أن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته (ولهذا) أى ولقصور شفقته (لا يملك التصرف فى المال مع أنه أدنى رتبة) لكونه وقاية للنفس (فلأن لا يملك التصرف فى النفس وانه أعلى أولى ولنا أن) الولاية للنظر وهو موجود فى كل قريب لان (القرابة داعية اليه كما فى الاب والجد) فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما فى الباب أنه متفاوت كما لا وقصورا بقرب القرابة وبعدها لكن ما فى البعيد من القصور يمكن التدارك فاظهرناه فى سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا

ووجدا الامر على ما ينبغى مضيا على النكاح وان وجدا قد أوقعا خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف فى المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدى بان يبيع الولى ثم يبيع المشترى من آخر وثم وثم وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله الى وقت البلوغ

(قوله ولا يقاس عليه غيره) أقول لانه على خلاف القياس

(فلا تفيد الولاية الا ملزمة) ولا الزام مع القصور بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقف ممكنا وقوله (وجه قوله) أى الشافعى (فى المسئلة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأى) وتقريره أن الرأى أمر باطن والثيابة سبب لحدوثه (لوجود الممارسة) فتقام مقامه و يدار الحكم عليه تيسيرا (ولنا ماذكرنا من تحقق الحاجة) يعنى أن المقتضى للولاية النظرية

هو الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة فى الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضى وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نسلم حصول الرأى للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأى والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها واذا لم تكن الثيابة سببا لحدوث الرأى لا تصلح مدارا وأما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز أن يكون مدارا فكلما ثبت الصغر ثبتت الولاية ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم)

فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله فى المسئلة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ماذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم

لدمامتها ولا يزوجها من غيره كى لا يشاركه فى مالها فانزل الله تعالى هذه الآية فهذه الآية أمر بتزويجهن من غيرهم أو تزوجهن مع الاقساط و زوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضى الله عنه من عمر بن أبى سلمة وهى صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد الا عنه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما فى حديث جابر أنه صلى الله عليه وسلم سأله عن تزوجه فذكر أنها ثيب فقال هلا بكرا الحديث ورأى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال مهيم قال تزوجت وسأله كم ساق اليها والآثار فى ذلك وجوازه شهيرة عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة والمعنى أن الحاجة الى الكفء ثابتة لان مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به فى وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية الى الشفقة غير أن فى هذه القرابة قصورا أظهرناه فى اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة فى الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم غيا المنع بالاستئمار وانما تستأمر البالغة وحديث قدامة تأويله أنه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ ألا ترى الى ما روى عن ابن عمر أنه قال والله لقد انتزعت منى بعد أن ملكتها وأما المال فانه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضى الى القطعية عند المعارضة فى قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه أو لغيره بالمحاباة و يخفى لتعذر احضاره لتداول الايدى عليه أو لحولته أو نسيانه أو التوى فى العوض فى المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر اثبات الولاية وحاصله أن القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها فى المال فانتفت فيه وأمكن فى النفس فثبتت فيها وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضى عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاءة وجه قوله فى الثيب الصغيرة أنه لا حاجة ولا حاجة لحدوث الرأى فى أمر النكاح لممارسته و يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور فأفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ماذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفء والولاية عليها فى النكاح مع عدم الشهوة ليس الا لتحصيله ولا رأى حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى أخر جواز نكاحها الى البلوغ فكان حاصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية بعلة حدوث الرأى تصريح بحدوث الرأى وتأخير نكاحها لعدم أهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب فى الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الرأى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقق الحاجة على ماذكرنا فدار الولاية الصغر قال المصنف (ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى العصبة مطلقا بعد ما كفينا مؤنة اثباته

مع قصور الولاية فسلبنا الولاية عنه أصلا أما النكاح فانه يقع مرة ولا يتكرر فلو وقع فيه خلل يمكن تداركه بالاعتراض بعد البلوغ (قوله وجه قوله فى المسئلة الثانية) أى فى الثيب الصغيرة (قوله فادرنا الحكم عليها) أى على الثيابة (قوله ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم) وهو قوله و يجوز نكاح الصغير والصغيرة

(قوله بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا الخ) أقول أنت خبير بانه لو تكرر النكاح يمكن التدارك بالتوقيف أيضا بالنسبة الى زوجها الذى بلغت تحت نكاحه بخلاف المال اذ لا يمكن فيه أصلا لتغيب من فى يده المال (قال المصنف ولنا ماذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة) أقول انما يثبت هذا الدليل ولاية انكاح الاب والجد وكان الاولى هو التعميم (قال المصنف ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم قوله النكاح الى العصبات) أقول فيه بحث لان هذا الحديث يدل على أن لا ينعقد نكاح المرأة بدون الولى فيكون حجة للشافعى علينا وجوابه أنه لما دلت الدلائل على جواز انكاح المرأة نفسها ولو بلا ولى يحمل هذا على النكاح بطريق الاجبار دفعا للتعارض

يعنى من اطلاق الولى فى قوله و يجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجها الولى (قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل) وقوله (والترتيب فى العصبات) ظاهر وقوله (اعتبارا بالاب والجد) بجامع داعية القرابة (ولهما أن قرابة الاخ ناقصة) خصص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه أقرب الاولياء بعد الجد وقوله (فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى) يعنى أن وراء الكفاءة

والمهر مقاصد أخرى فى النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولؤمها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد أهم من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجد بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله (واطلاق الجواب فى غير الاب والجد يتناول الام والقاضى) يعنى فى اثبات الخيار عند البلوغ وأراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله (هو الصحيح) احترازعما روى خالد بن صبيح المروزى عن أبى حنيفة أنه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضى لان له الولاية فى المال والنفس وكان فى قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ماذكره فى الكتاب بقوله (لقصور الرأى فى أحدهما) يعنى الام (ونقصان الشفقة فى الآخر) يعنى القاضى ألا ترى أن ولاية القاضى متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار فى تزويجهما ففى تزويج القاضى أولى

قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب فى العصبات فى ولاية النكاح كالترتيب فى الارث والابعد محجوب بالاقرب قال (فان زوجهما الاب والجد) يعنى الصغير والصغيرة (فلا خيار لهما بعد بلوغهما) لانهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ (وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء أقام على النكاح وان شاء فسخ) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما أن قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد (١) عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب فى غير الاب والجد يتناول الام والقاضى هو الصحيح من الرواية لقصور الرأى فى أحدهما ونقصان الشفقة فى الآخر فيتخير قال

بما تقدم (قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل) بين الاب والجد وغيرهما من العصبات فى صورة الصغر أولا روى عن على موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عمه حمزة وهى صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا (والترتيب فى ولاية النكاح كالترتيب فى الارث والابعد محجوب بالاقرب) فتقدم عصبة النسب وأولاهم الابن وابنه وان سفل ولا يتأتى الا فى المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى أن الاب مقدم على الابن وستأتى المسئلة وهل يثبت الخيار للام المعتوهة اذا أفاقت وقد زوجها الابن فى الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالاب بل أولى ثم الاب ثم الجد أبوه ثم الاخ الشقيق ثم الاب وذكر الكرخى أن الاخ والجد يشتركان فى الولاية عندهما وعند أبى حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف فى الميراث والاصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لاب ثم أعمام الاب كذلك الشقيق ثم أبناؤه ثم لاب ثم أبناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه ثم عم الجد لاب ثم أبناؤه وان سفلوا كل هؤلاء يثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر فى حال صغرهما وحال كبرهما اذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز اذا كان جنونه مطبقا ولم يقدر أبو حنيفة فى الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان أفاق فلا خيار له واذا زوجه أخوه فأفاق فله الخيار ثم المعتق وان كان امرأة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب واذا عدم العصبات هل يثبت لذوى الارحام يأتى (قوله وقال أبو يوسف) يعنى آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى أن لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا لان الولاية لم تشرع فى غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولى مقام عقد نفسه بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم لان قرابة الاخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل فى المقاصد وقد أظهر الشرع أثر هذا النقصان حيث منع ولايته فى المال فيجب اظهاره فى النفس اذ علم أنه ناظر الى اظهار أثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة وهى صغيرة وقال لها الخيار (قوله هو الصحيح) احترازعن رواية خالد بن صبيح المروزى عن أبى حنيفة أنه لا يثبت

اذا زوجهما الولى (قوله من غير فصل) أى بين البكر والثيب (قوله ولهما أن قرابة الاخ ناقصة) وانما خص الاخ لانه أقرب الاولياء بعد الاب والجد فاذا ثبت الحكم فيه يثبت فيما دونه بالطريق الاولى (قوله واطلاق الجواب فى غير الاب والجد) وهو قوله وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ (قوله وهو الصحيح) احترازعما روى خالد بن صبيح المروزى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار

(١) عسى كلمة وقعت ههنا مجردة عن الاسم والخبر والتقدير عسى الخلل الى المقاصد يتطرق وأهل العربية يأبون ذلك كذا قال العينى فى كتاب الاجارات اه من هامش بعض النسخ كتبه مصححه

وقوله (و يشترط فيه) أى فى فسخ النكاح بخيار البلوغ (القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفى وهو تمكن الخلل) بسبب قصور شفقة المزوج (ولهذا) أى لتمكن الخلل (يشمل الفسخ (الذكر والانثى) لان قصور الشفقة كما هو فى حق الجارية يمكن كذلك فى حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه

(قال المصنف ويشترط فيه القضاء) أقول (١٧٦) قال ابن الهمام أى فى الفسخ ويشترط القضاء فى الفرقة فى مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباء زوج الذمية التى أسلمت وهى طلاق خلافا لابى يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء فى قوله

في خيار البلوغ والاعتاق * فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر
ونكاح فساده باتفاق
ملك احدى الزوجين أو بعض زوج
وارتداد كذا على الاطلاق
ثم جب وعنة ولعان
واباء الزوج فرقة بطلاق
وقضاء القاض فى الكل شرط
غير ملك وردة وعتاق

قوله باتفاق احترازعن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند أبى حنيفة ومحمد فاسد عند أبى يوسف فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده لفساده وقوله على الاطلاق احترازعن قول محمد فانه يفرق بين الردة من الزوج فهى فرقة

(و يشترط فيه القضاء) بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفى وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما فى حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء

الخيار اذا كان المزوج القاضى لليتيمة لان ولايته أتم من ولاية العم لانها فى النفس والمال جميعا وعما روى عن أبى حنيفة أنه لا خيار فيما اذا زوجت الام لان شفقتها فوق شفقة الاب ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا (قوله و يشترط فيه) أى فى الفسخ ويشترط القضاء فى الفرقة فى مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباء زوج الذمية التى أسلمت وهى طلاق خلافا لابى يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء فى قوله

في خيار البلوغ والاعتاق * فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر * ونكاح فساده باتفاق
ملك احدى الزوجين أو بعض زوج * وارتداد كذا على الاطلاق
ثم جب وعنة ولعان * واباء الزوج فرقة بطلاق
وقضاء القاض فى الكل شرط * غير ملك وردة وعتاق

وقوله باتفاق احترازعن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فاسد عند أبى يوسف فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احترازعن قول محمد رحمه الله فانه يفرق بين الردة من الزوج فهى فرقة بطلاق وبين المرأة فهى فسخ وكل فرقة بطلاق اذا أوقع عليها فى العدة طلقة وقعت الا فى اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة كل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء بقوله لان الفسخ لدفع ضرر خفى وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه وليس بثابت فالاولى أن يقال لدفع ضرر غير محقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعر بقصور الشفقة

فيما اذا زوج القاضى اليتيم واليتيمة ووجهه أن للقاضى ولاية تامة تثبت فى المال والنفس جميعا فيكون ولايته فى القوة كولاية الاب ووجه ظاهر الرواية أن ولاية القاضى متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار فى تزويج الاخ والعم ففى تزويج القاضى أولى وكذلك الام اذا زوجت الصغير والصغيرة جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وفى اثبات الخيار لهما اذا أدركا عنه روايتان فى احدى الروايتين لا يثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الاب أو أكثر والاصح انه يثبت لهما الخيار لان لها قصور الرأى مع وفور الشفقة ولهذا لا تثبت ولايتها فى المال وتمام النظر بوفور الرأى والشفقة كذا فى المبسوط وقصور الرأى فى الام ونقصان الشفقة فى القاضى (قوله و يشترط فيه القضاء) لان سبب تمكن الخلل لقصور فى الرأى والشفقة ولا يوقف على حقيقته أولانه مختلف فيه منهم من أبى ومنهم من رأى فيتوقف على القضاء كالرجوع فى الهبة بخلاف خيار العتق لان سببه مقطوع به وهو زيادة ملك الزوج عليها ولهذا يختص بالانثى لان زيادة الملك فى العتق يتصور فى الامة دون العبد ألا ترى انه كان يملك مراجعتها فكان لها ان تدفع الزيادة

بطلاق وبين المرأة فهى فسخ وكل فرقة بطلاق اذا أوقع عليها فى العدة طلقة وقعت الا فى اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة (ثم

وكل حرمة توجب فرقة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها اه قوله فقد كفء كذا يعنى فى تزويج المرأة نفسها قوله قوله باتفاق احترازعن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند أبى حنيفة ومحمد فاسد عند أبى يوسف فالفرقة منه طلاق عندهما الخ أقول لك أن تقول اذا كان جائزا عندهما فالفرقة لماذا فتأمل قوله وفسخ عنده يعنى أن هذا النكاح فاسد عنده فيكون فسخا عنده (قال المصنف وهو تمكن الخلل) أقول يخالف لما سيقول عدة أسطر بل لتوهم الخلل ويجوز أن يقال المراد تمكن الخلل المتوهم الا أنه لا يلائم قوله لدفع ضرر خفى فليتأمل

لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفأ والمهر تاما فر بما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام وأما خيار العتق فلدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها فى قرأين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو أمر جلى ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها أن تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال فكان لها أن تدفع أصل الملك فى ضمن مالها من دفع الزيادة واعترض بان دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع للزيادة وفى ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول وأجيب بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب الالتزام للضرر المرضى فان الزوج حين تزوج الامة عالما بخيار العتق التزم الضرر الذى يحصل به والضرر المرضى غير ضائر بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها فى النكاح فلم يكن ضررها بمرضى فكان ضائرا واذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره وقوله (ثم عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد خصهما بالذكر لان مذهب أبى يوسف لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكره ههنا (١٧٧) أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول أن خيار البلوغ فى الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثانى أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث أن الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار أولم تكن أما اذا كانت عالمة فظاهر وأما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار (لانها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم) بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف الابه والولى ينفرد بالنكاح فكانت معذورة فى الجهل وأما المعتقة فانها معذورة فى الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها أما الاول فلان المولى ينفرد به وأما الثانى فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة أحكام

(ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت) شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الابه والولى ينفرد به فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان

وقد يظهر خلافه مما هو أثر النظر من كون الزوج كفأ والمهر تاما والخيار ثابت لها فى هذه الحالة كغيرها فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى أن فسخها لا يصادف محلا فاحتيج الى القضاء لالزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لا بحقيقته ولا بدع فى خلو المظنة المعلل بها عن الحكمة فى بعض الصور كما فى سفر الملك المرفه فى عمله ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهينة تنزها بحور له القصر ولان فى سببه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص

لان ولاية المولى لم تكن ثابتة فى هذه الزيادة وصار العقد فى هذه الزيادة كانه وجد الآن فكان الاختيار فيها دفعا للحكم عن الثبوت لا رفعا له بعد الثبوت والدفع لا يفتقر الى القضاء لان الدفع أمر يستقل به الدافع لان لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض فانه يتم بالخصم بدون الحكم ولانها تنفرد بدفع أصل الملك بعد الحرية حتى لا يجوز النكاح بلا رضاها فكذا تنفرد بالزيادة الا انها لا تملك دفع الزيادة الا برفع ما كان ثابتا وهو أصل الملك فملكت رفع ما كان ثابتا ضمنا لدفع الزيادة لا قصدا ولا يقال ان المرأة ان كانت دافعة للزيادة فهى مبطلة حق الزوج عما كان ثابتا والزوج يستبقى ملكه الثابت ثم تثبت الزيادة ضمناله فلماذا ترجح جانبها الا ان الزوج وان تضرر بابطال ما كان ثابتا له الا أن اعتبار جانبها أولى لانها تبطل حقا مشتركا بينها وبينه وهنا حكم العقد قد ثبت على الكمال ولم يزد الملك بالبلوغ ولكنا احتجنا الى الفسخ لتوهم ترك النظر من الولى لقصور شفقته وذا خفى موهوم اذ لو كان ظاهر المانفذ لان الولاية مقيدة بالنظر ولهذا يشمل الذكر والانثى لان تمكن الخلل يشملهما فجعل الزاما فى حق الآخر لكونه وفاالحكم ثابت فيتوقف على قضاء القاضى كالرد بالعيب بعد القبض (قوله ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا) أى اذا بلغت وهى بكر

(قوله لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفأ والمهر تاما الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن الزوج كفأ أولم يكن المهر تاما تحتاج الفرقة الى القضاء أيضا كما صرحوا به فينتقض كلا الدليلين على ما ذكره والجواب أن ذلك فيما اذا زوجت المرأة نفسها وأما اذا زوجها الاولياء فليس العقد بنافذ حتى يحتاج الى الفسخ وسيجىء فى فصل الكفاءة (قوله لانه بعد العتق يستلزمها) أقول أى يستلزم الزيادة (قوله عالما بخيار العتق الخ) أقول خيار العتق ثابت بالنص (قوله وقوله ثم عندهما الى قوله خصهما بالذكر لان مذهب أبى يوسف الخ) أقول هذا مسلم الا أن الظاهر كان أن يذكر قوله عندهما عند قوله ويشترط فيه القضاء فيحتاج وجه تأخيره الى هنا الى نوع تأمل ولعل وجهه أن أبا يوسف يقول باشتراط وقوع الفسخ بالقضاء لانه قضاء فى المجتهد فيه فينفذ ولا يلزم منه أن يرى خيار البلوغ (قال المصنف وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت) أقول فيه بحث

الشرع فكانت معذورة وقوله (ثم خيار البكر) تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره أن من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره (مالم يقل رضيت (١٧٨) أو يجيء منه) بالجزم (ما يعلم أنه رضا) وان كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ

فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت (اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح) فان الصغيرة البكر اذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل اختيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل لابد من الرضا صريحا أو دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لابد من ذلك وقوله (وخيار البلوغ) تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره خيار البلوغ (في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس) يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا وأما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى

الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار (ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجيء منه مالم يعلم أنه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس

بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا أعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بان دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الاصول لانه عكس المعقول لا يقال الشيء اذا كان تابعا للشيء باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ولا يخفى أن كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع أن وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة أصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل وفقه لانا نقول المراد أنه لا يجوز أن ينفي التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع اللازم الثابت لتضمنه رفع الاقوى لغرض رفع الادنى والجواب أنه اذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه ملزومه وهو ثابت هنا وهو النص فالوجه في السؤال طلب حكمته مع أنه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره والجواب أن دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها أولى ولانه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا (قوله فتعذر) أي الامة المعتقة (بالجهل بثبوت الخيار) لها اذ كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها (قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت) انما ذكره بعد ماقدم من قوله فسكتت فهو رضا لبيان أن كون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة هنالك أعم من ذلك وليمهد الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال (ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجيء منه مايعلم أنه رضا) كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ويحتمل كون دفع المهر رضا اذا لم يكن دخل بها أما ان كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لانه لابد منه أقام أو فسخ (وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ مالم تقل رضيت أو يجيء منها مايعلم أنه رضا كالتمكين من الوطء وطلب المهر والمواجب (اعتبارا لهذه الحالة) أي حالة ثبوت الاختيار (بحالة ابتداء النكاح) فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفي بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي أن خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ (قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس) بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بان حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر ممتدا الى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي أن تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل لمحمد كيف وهو كذب وانما أدركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها ثم اذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب وماذكر في بعض المواضع من أنها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي أن يحمل على

(قوله أو يجيء منه مايعلم انه رضا) نحو سوق المهر والتقبيل والوطء

(قوله فان الصغيرة البكر اذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت الخ) أقول الاظهر أن يقول البكر البالغة اذا بلغها خبر نكاحها فسكتت كان رضا ولا

ماوراء المجلس وقوله (لانه ماثبت) دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة وتقريره خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر ومالا يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء وقوله (بل لتوهم الخلل) دليل يشمل البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما يثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا (١٧٩) لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير

أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ماوراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله (بخلاف خيار العتق) للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق ثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس (كما في خيار المخيرة) فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس انه أشار لذلك بقوله غير أن سكوت البكر رضا يعني والرضا يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا

ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ماثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة

أما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وماقيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لادليل عليه وغاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف فان ذلك اذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وانما يتوقف رضاها على معرفة كميته وكذا السلام على القادم لايدل على الرضا كيف وانما أرسلت لغرض الاشهاد على الفسخ ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ولو زوج أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالاب ولان خيار العتق يغني عنه والعبد الصغير اذا بلغ كذلك في الاصح الا أنه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق ان شاء (قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام) ووجهه ظاهر من الكتاب والحاصل أنها اذا بلغت ثيبا فوقت خيارها العمر لان سببه عدم الرضا فيبقى الى أن يوجد مايدل على الرضا بالنكاح وكذا الغلام وعلى هذا تظافرت كلماتهم ومافي غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا لم يبطل به وكذا اذا كان الخيار للزوج لا يبطل الا بصريح الابطال أو يجيء منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل اذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهو تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أو حكما يستلزمه ظاهرا وفي الجوامع وان كانت ثيبا حين بلغها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وان أقامت معه أياما الا أن ترضى بلسانها أو يوجد مايدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها وفي الخلاصة لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها الا يقال كون القول لها في دعوى الاكراه في التمكين مشكل لان الظاهر يصدقها (قوله بخلاف خيار العتق) متصل بقوله لا يمتد الى آخر المجلس أي فيمتد خيار العتق الى آخر المجلس ووجه الفرق أن خيار العتق ثبت باثبات المولى لانه حكم العتق الثابت باثباته فاقتضى جوابا في المجلس كالتمليك في المخيرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة أوجه احتياجه الى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر وكذا الوطء بعد الفسخ قبل القضاء به بخلاف خيار العتق ينفسخ النكاح بمجرد فسخها ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الى آخره ويبطل خيار البلوغ اذا كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لان السكوت لم يجعل في حقهما رضا ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والانثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لان خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر وخيار البلوغ لما ينشأ عن قصور الشفقة وهو يعمهما لا يقال الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار وما ثبت الخيار الا للحاجة لانا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق ان كان قبل الدخول بل يلزمه وهنا اذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء وأما بعده فيلزمه كله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفي الجوامع اذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق

(قوله بخلاف خيار العتق لانه يثبت باثبات المولى) وهو الاعتاق فانه لا يبطل بالسكوت ويمتد الى آخر المجلس ويبطل بالقيام عن المجلس لانه ثبت باثبات المولى لانه حكم العتق وهو ثابت باثباته واليه أشار بقوله

(قوله وقوله لانه ماثبت دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة) أقول أنت خبير بانه ينتهض دليلا على عدم امتداد خيار البكر الى آخر المجلس بل على عدم البطلان في حق الغلام أيضا

صدقه يكون بانتفاء الزوج كما تظهر بادنى توجه فالتخصيص بالثيب مما لاوجه له (قوله ومالم يثبت باثبات الزوج الخ) أقول منقوض بخيار العتق على ماسيجيء بعد أسطر وكان الاصوب أن يقول لما ثبت باثبات الغير (قوله دليل يشمل البكر والغلام) أقول كما يشمل الثيب (قوله دون سكوت الغلام) أقول ودون سكوت الثيب أيضا

ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذى ملكها وهو مالك للطلاق (فان مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر) وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان أصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولى اذا مات أحد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فاولى أن لا يثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر فى التفويض الى هؤلاء (ولا) ولاية (لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا

فهى طالق بائن وان نوى الثلاث فثلاث وهذا احسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر فى خيار العتق دون البلوغ والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البلوغ فى الثيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار أمتهما التى زوجاها نفسها اذا أعتقاها ولا تقبل شهادة العاصبين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لان سبب الرد قد انقطع فى الاولى بالعتق ولم ينقطع فى الثانية اذ هو النسب وهو باق (قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جددا بعد ملك الثلاث (وكذا بخيار العتق لما بينا) من أنه يصح من الانثى ولا طلاق اليها ومن أنه يثبت باثبات المولى ولا طلاق اليه وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ (بخلاف خيار المخيرة) لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لانه انما ملكها ما يملكه وهو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول وهل يقع الطلاق فى العدة اذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول أى الصريح أولا لكل وجه والاوجه الوقوع (قوله ولا ولاية لعبد) لان الولاية بانفاذ القول على الغير اذا كانت متعدية والقاصرة منتفية فى هؤلاء فالمتعدية أولى فان قيل صحة اقرار العبد تدل على ولايته القاصرة فالجواب أنها فى المعنى معلقة فى غير الحدود والقصاص وأما هما فمستثنيان عندنا والاجماع على نفى ولايته فى النكاح لعجزه والا فيمكن أن يقال رواية الحديث ولايته حيث كان الزاما وكذا أمانه اذا كان مأذونا له فى القتال وشهادته بهلال رمضان وان أجيب عن هذه فالمشاحة ممكنة فى الاجوبة والاسلم جعل المراد بقوله ولا ولاية لعبد أى فى النكاح لا نفى الولاية مطلقا لانه يستدل بعدم القاصرة على عدم المتعدية فلو أريد الاعم كان مستدلا ببعض الدعوى ولا المتعدية مطلقا اذ قد يشاح بان له شيأ من المتعدية كولايته على زوجته الحرة فى أمور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب الزينة مع ماذكرنا فانه يصدق فى الكل أنه عبد له ولاية على الغير ملزمة والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل أكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى وفى التجنيس وأبو حنيفة رحمه الله لا يوقت فى الجنون المطابق شيأ كما هو دأبه فى التقديرات فيفوض الى رأى القاضى وغير المطبق تثبت له الولاية فى حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييد به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا أو غير مطبق ويزوج حال افاقته عن جنون مطبق أو غير

عليه السلام ملكت بضعك فاختارى (قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق) وكذا بخيار العتق فان قيل النكاح لا يحتمل الفسخ قلنا نعم بعد التمام واللزوم والفرقة فى باب البلوغ تثبت حكما لقصور الولاية فيمنع لزوم النكاح فاحتمل الفسخ وفى العتق انما ثبت الخيار لرد الزيادة ولا ولاية للمولى فيها فاسقط لزومه أيضا فكيف يكون طلاقا وهو مخصوص بالمرأة باثبات المولى ولا طلاق اليها بخلاف المخيرة لان الزوج ملكها وهو مالك للطلاق ولا مهر لها عليه فى الفرقة بخيار البلوغ ان لم يدخل بها وان دخل بها وجب المسمى فيهما فان مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا ان مات بعد البلوغ قبل التفريق كما لو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة فمات أحدهما قبل قضاء القاضى (قوله لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فان هذا يقتضى نفى السبيل من كل وجه لان النكرة فى موضع النفى تعم لكن السبيل قد ثبت حقيقة فيراد به نفى السبيل حكما كقبول الشهادة والولاية والقضاء والوراثة

بقوله (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) يعنى سواء كان قبل الدخول أو بعده (لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها) والفائدة تظهر فى شيئين أحدهما أنها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثانى أنهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات (وكذا بخيار العتق لما بينا) أنه يصح من الانثى وقوله (بخلاف خيار المخيرة) ظاهر الى آخر المسئلة قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى أن لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر فى التفويض الى هؤلاء أما الى الصبى والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفء وأما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى (ولا ولاية لكافر على مسلم) يعنى الولاية

(قال المصنف لانه يصح من الانثى) أقول ان أعيد الضمير الى الفرقة فهذا الكلام فى الفرقة بخيار العتق مسلم دون ما نحن فيه لانه يفرق القاضى كما فى الجب والعنة وان أرجع الى الخيار ففى التقريب كلام مع أنه منتقض بالجب والعنة والجواب أن الفسخ فى خيار البلوغ يقع من المرأة ألا ترى أنه يجب أن تقول المرأة حين بلغت فسخت النكاح ويحكم القاضى بصحته بخلافه فى الجب والعنة وبهذا

ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان أما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجرى بينهما التوارث (ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة) معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت

مطبق لكن المعنى أنه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتأخرون فى غيبة الولى الاقرب على ما سنذكره (قوله ولهذا) أى لهذا الدليل (لا تقبل شهادته عليه) لانه لا سبيل له عليه (ولا يتوارثان) لان الوارث يخلف المورث فيما يليه ملكا ويدا وتصرفا والظاهر أن الوراثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية أخرى فتنفى المتعدية ليس نفى الوراثة فليس نفيها بهذا الدليل وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم فكذا لا تثبت لمسلم على كافر أعنى ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف فى المال قيل وينبغى أن يقال الا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا وقائله صاحب الدراية ونسبه الى الشافعى ومالك قال ولم ينقل هذا الاستثناء عن أصحابنا والذى ينبغى أن يكون مرادا ورأيت فى موضع معزو الى المبسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء فاما الفسق فهل يسلب الاهلية كالكفر المشهور أن عندنا لا وهو المذكور فى المنظومة وعن الشافعى اختلاف فيه أما المستور فله الولاية بلا خلاف فما فى الجوامع أن الاب اذا كان فاسقا فللقاضى أن يزوج الصغيرة من غير كفء غير معروف نعم اذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه اياها بنقص ومن غير كفء وستأتى هذه (قوله ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة معناه عند عدم العصبات) النسبية والسببية والحاصل أن الولاية تثبت أولا للعصبة النسبية على الترتيب الذى قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند أبى حنيفة تثبت للام ثم للبنت اذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وأم ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوى ذكورهم واناثهم فى ذلك ثم أولادهم قال المصنف فى التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفى غاب الاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها أختها والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة أولى من الاخت وليست الام أولى من الاخت من الاب لانهما من قبل الاب والنساء اللواتى من قبل الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع بين أصحابنا وهى الاخت والعمة وبنت الاخ وبنت العم ونحو ذلك ثم قال المصنف هكذا ذكر ههنا وذكر فى غيره من المواضع أن الام أولى من الاخت الشقيقة لانها أقرب اه قيل هذا يستقيم فى الاخت لا العمة وبنت العم وبنت الاخ لانهن من ذوى الارحام ولايتهن مختلف فيها ومثل ما عن الشيخ نجم الدين النسفى منقول فى المصفى عن شيخ الاسلام خواهر زاده ومقتضاه تقدم الاخت على الجد الفاسد وبعد أولاد الاخوات العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات والجد الفاسد أولى من الاخت عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف الولاية لهما كما فى الميراث كذا فى المستصفى وقياس ما صحح فى الجد والاخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالاة وهو الذى أسلم على يد أبى الصغيرة ووالاه لانه يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضى اذا شرط فى عهده تزويج الصغائر والصغار ثم من نصبه القاضى وان لم يشرط فلا ولاية له فى ذلك وهذا استحسان وقال محمد لا ولاية لذوى الارحام ولا لمولى الموالاة وهو القياس ورواية الحسن عن أبى

(قوله لغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه عند عدم العصبات ثم بعد العصبات وان بعدت مولى العتاقة ثم العصبة لمولى العتاقة ثم الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب فان الاقرب عند أبى حنيفة رحمه الله بعد العصبات الام ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم ابن بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم

الشرعية ولا معتبر بالحسية هنا وقوله (ولغير العصبات من الاقارب) يعنى كالاخوال والخالات والعمات (ولاية التزويج عند عدم العصبات) أى عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم أو لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات ثم عند أبى حنيفة بعد العصبات الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وأم ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم أولادهم ثم العمات والاخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضى ومن نصبه القاضى اذا شرط تزويج

(قوله ثم ذوو الارحام الخ) أقول ذوو الارحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل على معناه اللغوى فان البنت وبنت الابن من أصحاب الفروض وكذا الاخوات

للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع و بعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد (والغيبة المنقطعة أن يكون فى بلد لا تصل اليها القوافل فى السنة الامرة واحدة) وهو اختيار القدورى وقيل أدنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض

أبقينا ولاية الاقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها أما الولى فحقه فى الصيانة عن غير الكفء يكون مقتضيا لاثبات ولاية الفسخ اذا وقع بفعلها من غير كفء فلا يتوقف على اثبات ولاية التزويج له فحيث ثبتت فانما هى لحاجتها احقالها ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهته وهو غيبته على أن المقصود له لا يفوت اذ يخلفه فيه الولى الابعد لانه تلوه فى نفى غير الكفء والاحتراس عن التلطخ بنسبته فتظافرا على مقصود واحد فوجب المصير الى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ولانه لو سلبت ولايته بموته كان الابعد أولى من السلطان فكذا اذا سلبت بعارض آخر فالحاصل فى علة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولى من لا ولى له وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول وبالكتاب وكتاب الخاطب اليه حيث هو بخلاف المعتاد فى الغائب والخاطب فلا يفرع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت القربى وثبت مظنة شغلها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة فى مال الاقرب فاذا انقطع ذلك لعدم ماله وجبت فى مال الابعد (قوله ولو زوجها حيث هو فيه منع) جواب عن استدلال زفر على قياس ولايته حال غيبته بانه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على أنه لم يسلب الولاية شرعا بغيبته أجاب بمنع صحة تزويجه قال فى المحيط لا رواية فيه وينبغى أن لا يجوز لانقطاع ولايته وفى المبسوط لا يجوز ولو سلم فلانها انتفعت برأيه وهذا تنزل ووجهه أن للابعد قرب التدبير وللاقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين فى درجة واحدة فايهما عقد جاز لانه أمس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها ومعناه أن سلب الولاية انما كان لسلب الانتفاع برأيه فلما زوجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها وفى شرح الكنز لا رواية فيه فلنا أن نمنع لانه لو جاز عقده حيث هو لأدى الى مفسدة لان الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهى فى عصمة غيره وما قالوه فى صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلا فى صلاة الجنازة فللابعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره وقد استفيد مما ذكرنا أن الوليين اذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح ولو زوجها أبوها وهى بكر بالغة بامرها وزوجت هى نفسها من آخر فايهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدرى الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما وكذا لو زوجها وليان بامرها (قوله ولا يرد الخ) يفيد أنه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده (قوله والغيبة المنقطعة أن يكون فى موضع لا تصل اليه القوافل فى السنة الامرة وهو اختيار القدورى) وعن أبى يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احداهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا رجوع الى قول زفر وانما ضرب هذا مثلا وعنه فى رواية أخرى من بغداد الى الرى وهكذا عن محمد وفى رواية من الكوفة الى الرى ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة أن يكون متحولا من موضع الى موضع فلا يوقف على أثره أو يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان فى موضع يقع الكراء اليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة أو بدفعات فمنقطعة وقيل أدنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين منهم القاضى الامام أبو على النسفى وسعد بن معاذ وأبو عصمة المروزى وابن مقاتل الرازى وأبو على السغدى وأبو اليسر والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسى فى مبسوطه والاصح أنه اذا كان فى موضع لو

المتاخرين

(ولهذا لو زوجها حيث هو جاز) بالاتفاق واذا كانت ولاية الاقرب فى غيبته قائمة لا يكون للابعد ولاية (ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه) وكلتا المقدمتين ظاهرة (ففوضناه) أى النظر (الى الابعد) وقوله (وهو مقدم على السلطان) اشارة الى جواب الشافعى (كما اذا مات الاقرب) فان الولاية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله (ولو زوجها حيث هو فيه) جواب عن قول زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعنى لا نسلم جوازه (و بعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد) يعنى اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر وقوله (وهو اختيار بعض

(قوله لزفر أن ولاية الاقرب قائمة لانها) أقول ضمير لانها راجع الى ولاية (قال المصنف فنزلا منزلة وليين متساويين) أقول قال ابن الهمام قد استفيد مما ذكره أن الوليين اذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح اه ويدل على ذلك ما سيجىء فى باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه أن ولاية الانكاح تثبت لكل من الاولياء كملا

المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه وهذا أقرب الى الفقه لانه لا نظر فى ابقاء ولايته حينئذ (واذا اجتمع فى المجنونة أبوها وابنها فالولى فى نكاحها ابنها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد أبوها) لانه أوفر شفقة من الابن ولهما أن الابن هو المقدم فى العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأبى الام مع بعض العصبات * (فصل فى الكفاءة) * (الكفاءة فى النكاح معتبرة)

انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء وعن هذا قال قاضيخان فى الجامع الصغير لو كان مختفيا فى المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وهذا حسن لانه لا نظر وفى النهاية عليه أكثر المشايخ منهم القاضى الامام أبو بكر محمد بن الفضل وفى شرح الكنز أكثر المتاخرين على أدنى مدة السفر ولا تعارض بين أكثر المتاخرين وأكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول أكثر المشايخ (قوله واذا اجتمع فى المجنونة) جنونا أصليا بان بلغت مجنونة أو عارضيا بان طرأ الجنون بعد البلوغ (أبوها) أو جدها (مع ابنها فالولى فى تزويجها ابنها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد أبوها) وقال زفر فى العارضى لا يزوجها أحد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشىء فلم لا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هى أحوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها فى الصغر لتحصيل الكفء وفى الجنون لذلك ودفع الشهوة والممارسة وكذا المجنون يجتمع فيه أبوه وابنه أو جده على هذا الخلاف وعن أبى يوسف رواية أخرى أيهما من الاب والابن زوج جاز وهى رواية المعلى جعلهما فى مرتبة ولا يبعد اذ فى الابن قوة العصوبة وفى الاب زيادة الشفقة ففى كل منهما جهة (قوله) فى وجه قولهما (وهذه الولاية مبنية على العصوبة) بالنص السابق والابن هو المقدم فى العصوبة شرعا لانفراده بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة أو المجنون الكبيرين أبوهما أو جدهما الاخيار لهما اذا أفاقا لتمام شفقتهما ولو زوج الرجل المجنون أو المرأة ابنهما فلا رواية فيه عن أبى حنيفة وينبغى أن لا يكون لهما خيار لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما فى تزويجها فالابن أولى

* (فصل فى الكفاءة) * الكفء المقاوم (١) ويقال لا كفاء له بالكسر ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولى اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولى وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة (قوله معتبرة) قالوا معناه معتبرة فى اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولى الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فههنا نظران فى اثبات حجيته ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه المذكور من معناها أما الاول فهو حديث ضعيف لان فى سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه أحمد الى الوضع وسيأتى تخريجه لكنه حجة بالتظافر والشواهد فمن ذلك ما روى محمد فى كتاب الآثار عن أبى حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لامنعن (٢) فروج ذوات الاحساب الامن الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث على أنه عليه الصلاة والسلام قال له يا على ثلاث لا تؤخرها الصلاة اذا أتت والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفأ وقول الترمذى فيه لا أرى اسناده متصلا منتف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال فى سنده سعيد بن عبد الله الجهنى مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحى فلينظر فيه وما عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وأنكحوا الاكفاء روى ذلك من حديث عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتقاؤه الى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة

(قوله وقيل اذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه) وعن هذا ذكر الامام قاضيخان رحمه الله فى الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا فى البلدة لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة (قوله وقال محمد رحمه الله أبوها) لان ولاية الاب تعم النفس والمال ولا يثبت للابن الولاية فى المال كذا فى المبسوط والله أعلم

* (فصل فى الكفاءة) * (قوله الكفاءة فى النكاح معتبرة) أى يعتبر وجودها فى حق اللزوم فى النكاح

المتأخرين) منهم القاضى الامام على السغدى والقاضى الامام أبو على النسفى وهو قول محمد بن مقاتل الرازى وسفيان الثورى وأبى عصمة وسعد ابن معاذ المروزى وقوله (لانه لا نظر فى ابقاء ولايته حينئذ) يعنى لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضيخان فى الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا فى البلدة لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وقوله (لانه أوفر شفقة من الابن) بدليل أن ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولاية فى المال (ولهما أن الابن هو المقدم فى العصوبة) ألا ترى أن الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله (ولا معتبر بزيادة الشفقة) جواب محمد

* (فصل فى الكفاءة) * لما كانت الكفاءة معتبرة

---

(١) قوله ويقال لا كفاء له كذا فى بعض نسخ الفتح ومثله فى كتب اللغة قال فى الاساس وتقول لا كفاء له بالكسر وهو فى الاصل مصدر وضع موضع المكافئ قال حسان *
وروح القدس ليس له كفاء
أى مكافئ اه ووقع فى بعض النسخ سقط وتصحيف فليحذر كتبه مصححه

(٢) قوله فروج كذا فى بعض النسخ وفى بعضها تزوج وكلاهما صحيح فحرر الرواية كتبه مصححه

قال صلى الله عليه وسلم ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الامن الاكفاء

المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفى هذا كفاية ثم وجدنا فى شرح البخارى للشيخ برهان الدين الحلبى ذكر أن البغوى قال انه حسن وقال فيه رواه ابن أبى حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الاودى بسنده ثم أوجدنا بعض أصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضى القضاة العسقلانى الشهير بابن حجر قال ابن أبى حاتم حدثنا عمرو بن عبد الله الاودى حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال حدثنا القاسم بن محمد قال سمعت جابرا رضى الله عنه يقول قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ولا مهر أقل من عشرة من الحديث الطويل قال الحافظ انه بهذا الاسناد حسن ولا أقل منه وأغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال اذا كانت الكفاءة معتبرة فى الحرب وذلك فى ساعة ففى النكاح وهو للعمر أولى وذكر ما وقع فى غزوة بدر أنه لما برز عتبة ابن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج اليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من أنتم قالوا رهط من الانصار فقالوا أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا ثم أمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحرث الخ فاما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم أره والذى فى سيرة ابن هشام عن ابن اسحق أنهم قالوا لهم أنتم أكفاء كرام ولكنا نريد بنى عمنا وفى رواية ما لنا بكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا على الخ ونحن نقطع أن عدو الله لو برز للمسلمين يريد اطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج اليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يزده ذلك النسب الا بعدا ثم الكفاءة المطلوبة ههنا كفاءة الشدة فينبغى أن يخرج اليه كفؤه فيها لان المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامه انما يفيد فى النسب وانما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك لما علمه بانهم أشد من الذين خرجوا اليهم أولا أو لئلا يظن بالمطلوبين عجز أو جبن أو دفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه يضن بقرابته دون الانصار النظار الثانى لا يخفى أن الظاهر من قوله لا يزوجن الامن الاكفاء أن الخطاب للاولياء نهاهم أن يزوجوهن الامن الاكفاء ولا دلالة فيه على أنها اذا زوجت نفسها من غير الكفء يثبت لهم حق الفسخ فان قلت يمكن كون فاعل يزوجن المحذوف أعم من الاولياء ومنها أى الا يزوجهن مزوج هى انفسها أو الاولياء لها فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها انفسها غير الكفء فاذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولى فسخه (١) الا المعنى الصرف وهو أنها أدخلت عليه ضررا فله دفعه وهذا ليس مدلول النص ولو علل نهيها التضمنى للنص بادخالها الضرر عليهم لم يكن فسخه مدلول النص وانما قلنا التضمنى لان النهى على هذا التقدير متعلق بها وبالاولياء فبالنسبة اليهم انما يعلل بترك النظر لها وبالنسبة اليها بادخال الضرر على الولى وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ ولا يشكل على سامع أن فى قول القائل اذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللولى فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن أحد الامن الاكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار فى الشرع من غير تعرض لامر زائد على ذلك كما هو فى الكتاب فان قلت كون الشئ معتبرا فى الشرع لا بد من كونه على وجه خاص أعنى معتبرا على أنه واجب أو مندوب قلنا نعم لكنه لم تقصد الخصوصية فان قلت فما هو قلنا مقتضى الادلة التى ذكرناها الوجوب أعنى وجوب نكاح الاكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه ثم لا يستلزم كونه أولى كفء خاطب الامارو ى الترمذى من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة فى الارض وفساد كبير ولولا أن شرط المشروع القطعى لا يثبت بظنى لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذا الوجوب يتعلق بالاولياء حقا لها وبها حقا لهم على ما تبين مما ذكرناه لكن انما تتحقق المعصية فى حقهم اذا كانت صغيرة لانها اذا كانت كبيرة

فعند عدمها كان للاولياء حق الاعتراض بالتفريق وعن الكرخى رحمه الله انه كان يقول الاصح عندى انه لا تعتبر الكفاءة أصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح وهو الدماء فلان لا يعتبر

ولان

على ما تقدم أن عدمها يمنع الجواز أو يمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى أن يذكرها فى فصل على حدة والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفء وهو النظير من كافأه اذا ساواه فهى معتبرة فى النكاح قال صلى الله عليه وسلم ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الامن الاكفاء رواه جابر

(١) الا المعنى الصرف كذا فى نسخة وفى أخرى الا المعنى الضرر وحرر كتبه مصححه

ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش (واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللاولياء أن يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن أنفسهم

لا ينفذ عليها تزويجهم الا برضاها فهى تاركة لحقها كما اذا رضى الولى بترك حقه حيث ينفذ هذا كله مقتضى الادلة التى ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبارها يشكل قول أبى حنيفة فى أن الاب له أن يزوج بنته الصغيرة من غير كفء فان قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهى قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشى وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من مولاه وكل ذلك بعلم الصحابة وبعضه بفعل النبى صلى الله عليه وسلم فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صغائر بل العلم محيط بانهن كبائر خصوصا بنت قيس كانت ثيبا كبيرة حين تزوجها أسامة وانما جاز لاسقاطهن حق الكفاءة هن وأولياؤهن هذا وفى اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثورى والكرخى من مشايخنا المروى عنه صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى انما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الادلة (قوله ولان انتظام الخ) يعنى أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر فى مدة العمر لانه وضع لتاسيس القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسره ما يسرك ويسوءه ما يسوءك وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا مقاربة للنفوس عند مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا وردملك اليمين لها عليه وان كان معللا أيضا بعلة أخرى عامة للطرفين على ما مر فى فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا تترتب عليه مقاصده واذا كان اياه فسد فاذا كان طريقه كرها ولم يلزم المولية اذا انفرد به الولى لظهور الاضرار بها (قوله واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللاولياء) وان لم يكونوا محارم كابن العم (أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم) ما لم يجئ من الولى دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة فى أحدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه كما لو زوجها على السكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة أو أخبره الزوج بها حيث كان له التفريق أما اذا لم يشترط ولم يخبره فذكر فى الفتاوى الصغرى فيمن زوجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد مأذون له فى النكاح ليس لها الفسخ بل للاولياء أو زوجها الاولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فاذا هو عبد مأذون له فى النكاح ليس لهم الفسخ ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت الولى رضا الا ان سكت الى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق وعن شيخ الاسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضا وهذه الفرقة فسخ لا ينقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شئ من المهر ان وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة لانها كانت واجبة ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضى والنكاح قبله صحيح يتوارثان به اذا مات أحدهما قبل القضاء هذا على ظاهر الرواية أما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد أصلا اذا كانت زوجت نفسها من غير كفء وهل للمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء أن تمنع نفسها من أن يطأها مختار الفقيه أبى الليث نعم قال فى التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة أن تقول انما تزوجتك على رجاء أن يجيز الولى وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطأ بشبهة ورضا بعض الاولياء المستوين فى درجة كرضا كلهم خلافا لابى يوسف وزفر لانه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم لكن لا يتجزأ فيثبت لكل منهم على الكمال كولاية الامان فاذا أبطله أحدهم لا يبقى كحق القصاص اذا رضى

فى النكاح أولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة فى الدين غير معتبرة فى باب الدم حتى يقتل المسلم

(ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة) والنكاح شرع لانتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين (لان الشريفة تابى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها) من جانبه (بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللاولياء أن يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن أنفسهم) يعنى ما لم تلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز ففى القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له

(فصل فى الكفاءة)
(قال المصنف ولان انتظام المصالح بين المتكافئين) أقول قوله بين المتكافئين خبر ان فى قوله ولان

(ثم الكفاءة تعتبر فى النسب) لانه يقع به التفاخر (فقريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض) و لا اصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم أكفاء لبعض

الابعد كان للاقرب الاعتراض ولو زوجها الولى باذنها من غير كفء فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولى التفريق ولا يكون الرضا بالاول رضا بالثانى لان الانسان لا يبعد رجوعه عن خلة دنية وكذا لو زوجها هو من غير كفء فطلقها فتزوجت آخر غير كفء ولو تزوجته ثانيا فى العدة ففرق بينهما لزمه مهر ثان واستانفت العدة وان كان قبل الدخول فى الثانى وستاتى هذه المسئلة فى باب العدة ان شاء الله تعالى (قوله ثم الكفاءة تعتبر فى النسب) جميع ماذكر فى المبسوط وفتاوى الولوالجى مذكور فى الكتاب وسيورده الا الكفاءة فى العقل ذكره الولوالجى ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية فى اعتبار العقل فى الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل لا لانه مرض ولا تعتبر الكفاءة عندنا فى السلامة من العيوب التى يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر الا عند محمد فى الثلاثة الاول أعنى الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا تطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة فى العقل على قول محمد الا أن الذى له التفريق ولفسخ الزوجة لا الولى وكذا فى أخويه عنده *(فرع)* انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكافئها به كقرشية انتسب لها الى قريش ثم ظهر أنه عربى غير قرشى فلها الخيار ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كافاها به كعربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر أنه عربى غير قرشى فلا حق للاولياء ولها هى الخيار عندنا ان شاءت فارقته خلافا لزفر ولنا أنه شرط لنفسها فى النكاح زيادة منفعة وهو أن يكون ابنها صالحا للخلافة فاذا لم تنل كان لها الخيار كشراء العبد على أنه كاتب فظهر خلافه وأيضا الاستفراش ذل فى جانبها فقد ترضى به من هو أفضل منها الا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها بالعقد فيثبت لها الخيار ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لانه لا يفوت عليه شئ من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها وتخلصه منها بطريق يمكنه وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار ويحتاج بعد هذا الى فضل تقرير وفرق بين هذا وبين اثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل ان شاء الله تعالى (قوله فقريش بعضهم أكفاء لبعض) روى الحاكم بسند فيه مجهول فان شجاع بن الوليد قال حدثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبى مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة و رجل برجل والموالى بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة و رجل برجل الا حائكا أو حجاما ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبى الفضل الايلى وضعف بانه موضوع وان عمران هذا يروى الموضوعات عن الاثبات وروى الدارقطنى عن ابن عمر مرفوعا الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربى لعربى ومولى لمولى الا حائكا أو حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو مخبل ان عنعن الحديث ليس غير وبان محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدى فى الكامل من حديث على وعمر باللفظ الاول وفيه على بن عروة قال منكر الحديث وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفى من أهل حران يروى المجاهيل وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف اهـ

بالكافر الذمى ولا يدل ذلك على انه غير معتبر فى النكاح كذا فى المبسوط (قوله ثم الكفاءة تعتبر فى النسب) الا على قول سفيان الثورى فانه كان يقول لا تعتبر الكفاءة من حيث النسب وقيل انه كان من العرب فتواضع و رأى الموالى كفؤا له وأبو حنيفة رحمه الله كان من الموالى فتواضع ولم ير نفسه كفؤا للعرب وحجته فى ذلك قوله عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم قلنا التفاضل فى الآخرة بالتقوى وهو المراد بالآية (قوله فقريش بعضهم أكفاء لبعض) القريشى من كان من ولد النضر والهاشمى من كان ولد هاشم بن عبد مناف والعربى من جمعهم أب فوق النضر والموالى من سواهم وسموا موالى لانهم

بطن

قلت جاز أن يكون نهيا وهو يقتضى المشروعية عندنا (ثم الكفاءة) عندنا (تعتبر فى) خمسة أشياء (النسب) والحرية والدين والمال والصنائع أما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثورى يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى انما الفضل بالتقوى وقد تايد ذلك بقوله تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم

(قوله قلت جاز أن يكون نهيا الخ) أقول لا يخفى أن هذا الجواب اعتراف بفساد النكاح فهو صلح من غير تراضى الخصمين لان النكاح الفاسد لا يفيد حكمه وهو الملك بخلاف البيع الفاسد فانه يفيد حكمه كما صرح به ابن الهمام فى الفصل الثانى ثم لو صح ماذكره لكان تزويج الاولياء من غير الاكفاء مشروعا منعقدا بعين ماذكره وليس كذلك على ما يجئ تفصيله ولعل الأولى أن يجاب بانه لما وقع التعارض بين النصوص الدالة على جواز النكاح بدون الولى و بين النصوص الدالة على عدم جوازه صرنا الى القياس على ما سبق تفصيله

بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة

كلامه و روى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم أكفاء لبعض اهـ وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن أبى الجون قال ابن القطان لم أجد له ذكرا وبالجملة فالحديث أصل فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف فى ذلك خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذاك فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة وأيضا تعدد طرق الحديث الضعيف يرفعه الى الحسن ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينسب الا الى أب فوقه فهو عربى غير قرشى وانما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها لهم بدابة فى البحر (١) تدعى قرشا تاكل دوابه لانهم من أعظم دواب البر عزة وفخرا ونسبا وعلى هذا قال اللهبى

وقريش هى التى تسكن البحـ * ـر بها سميت قريش قريشا

وقيل لان النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبى سمى به لانه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجاتهم بماله والتقريش التفتيش قال الحرث

أيها الناطق المقرش عنا * عند عمرو فهل لنا ابقاء

وقيل لانه خرج يوما على نادى قومه فقال بعضهم انظر الى النضر كانه جمل قريش وقيل سميت بقريش بن الحرث بن مخلد كان صاحب عيرهم فكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا الرجل ابن يسمى بدرا وهو الذى حفر بئر بدر وسميت به وقيل لتجارتهم والقرش التكسب وقيل سميت به لان فهر بن مالك قيل ان اسمه قريش وانما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين ساله عن ذلك وعلى هذا ينبغى أن لا يكون قرشيا الا من كان من أبناء فهر وقيل هو من الجمع والتقريش التجميع لان قصيا جمع بنى النضر فى الحرم من بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصى الحرم فعل أفعالا جميلة فقيل له القرش فهو أول من سمى به وعلى هذا ينبغى كون القرشيين من جمعهما أب هو قصى والظاهر الاول و يكون من التجمع لا التجميع الذى هو فعل قصى والتجمع كان من أبناء النضر وان كان القائل قال

أبوكم قصى كان يدعى مجمعا * به جمع الله القبائل من فهر

لانه ابن ابنه لانه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك والا فبعد نقل أن قصيا سمى مجمعا لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين من جمعهما النضر هذا وقريش عمارة تحتها بطون لؤى بن غالب وقصى وعدى ومنهم الفاروق رضى الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضى الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومى رضى الله عنه وهما فخذان وهاشم فخذ والعباس فصيلة وأعم الطبقات الشعب مثل حمير و ربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قريش بطن ببطن وفى العرب قبيلة بقبيلة ونظم بعض الادباء ترتيب الطبقات فقال

قبيلة فوقها شعب و بعدهما * عمارة ثم بطن تلوه فخذ

نصر والعرب وسمى الناصر مولى قال الله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم ولان قلاعهم فتحت على أيدى العرب وكانوا بسبيل من استرقاقهم فكانهم كانوا عبيدهم ثم عتقوا بالمن ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش فان رسول الله عليه السلام زوج بنته من عثمان رضى الله عنهما وكان أمويا وعلى رضى الله عنه زوج بنته من عمر وكان عدويا (قوله بطن ببطن) يعنى لا عبرة لفضل البعض على البعض فيما بين قريش حتى ان الهاشمية لو زوجت نفسها من قريشى غير هاشمى لا يكون لاوليائها حق الاعتراض مع ان الهاشمية أفضل من قريش وغير القريشى من العرب لا يكون كفؤا للقريشى حتى لو زوجت قريشية نفسها لغير القريشى من العرب كان لاوليائها حق التفريق (قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة) لا اعتبار بفضل بعض

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم (قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة

(١) قوله تدعى قرشا أى فسميت قريش بصغره كما فى القاموس فدابة البحر هى القرش مكبرا والتصغير فى بيت اللهبى لاقامة الوزن كما هو ظاهر ولا عبرة بما وقع فى بعض نسخ الفتح من اصلاح اسم الدابة قريشا بالتصغير كتبه مصححه

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل) والمراد بالموالى العتقاء لما كانت غير عرب فى الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالى بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضها أكفاء لبعض (ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا) يعنى من قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم ألا يرى أن النبى صلى الله عليه وسلم زوج ابنته رقية من عثمان وكان من بنى عبد شمس وانما قال فى الموالى رجل برجل اشارة الى أن النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد كذلك الا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة (وأما الموالى فمن كان له أبوان فى الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء) يعنى لمن له آباء فيه

وليس يؤوى الفتى الافصيلته * ولاسداد لسهم ماله قذذ

وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال

أقصاها الشعب فهو أكثرهم * عددا فى الجواء ثم القبيله
ثم يتلوهما العمارة ثم البطن * والفخذ بعدها والفصيله
ثم من بعدها العشيرة لكن * هى فى جنب ماذكرنا قليله

(قوله والموالى) هم العتقاء والمراد هنا غير العرب وان لم يمسهم رق لانهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما ذكره فى الحديث دليل على أنه لا يعتبر التفاضل فى أنساب قريش فهو حجة على الشافعى فى أن الهاشمى والمطلبى أكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا وزوج النبى صلى الله عليه وسلم بنتيه من عثمان وهو أموى وزوج أم كلثوم من عمر رضى الله عنه وهو عدوى وفيه نظر اذ قد يقول يجوز كونه لاسقاط حقه فى الكفاءة نظرا الى مصلحة أخرى لكنه يرى أنه اشترط فى النسب فيلزمه ماذكرنا وعلى أكثر أصحابه فى اعتبار الكفاءة فى النسب فى العجم وعلى محمد فى اعتباره الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين هذا ان قصد بذلك عدم المكافأة لا ان قصد به تسكين الفتنة وفى الجامع لقاضيخان قالوا الحسيب يكون كفأ للنسيب فالعالم العجمى كفء للجاهل العربى والعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الاخلاق وفى المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذى له جاه وحشمة ومنصب وفى الينابيع والاصح أنه ليس كفأ للعلوية وأصل ماذكره المشايخ من ذلك ماروى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو أعتق اذا أحرز من الفضائل ما يقابل به نسب الآخر كان كفأ له ولا يعتبر بالبلاد فى تتمة الفتاوى أن القروى كفء للمدنى (قوله وبنو باهلة الخ) استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض وباهلة فى الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس (١) بن عيلان فنسب ولده اليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسومتها فلذا قيل

ولا ينفع الاصل من هاشم * اذا كانت النفس من باهله

وقيل

اذا قيل للكلب يا باهلى * عوى الكلب من لؤم هذا النسب

ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق وليس كل باهلى كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسرى فى حق الكل (قوله وأما الموالى فمن كان له أبوان فى الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعنى لمن له آباء فيه ومن أسلم بنفسه أو

القبائل على البعض الا بنو باهلة وأفضلهم بنو هاشم وبنو باهلة معروفون بالخساسة فانهم كانوا

بالدين كما أشار اليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالانساب وانتهى الامر اليه أبى الاسلام لا أب لى سواه قوله (وعن محمد كذلك) الا أن يكون يعنى قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش (الا أن يكون) النسب (نسبا مشهورا) فى الحرمة (كأهل بيت الخلافة) فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشيا ليس من أولادهم كان للاولياء حق الاعتراض قال المصنف (كأنه) يعنى محمدا (قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة) لا لانعدام أصل الكفاءة وقوله (وبنو باهلة) بنو باهلة قبيلة من قيس عيلان وهى فى الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس عيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى والواحد عربى والاعرابى واحد الاعراب وهم أهل البدو وبنو باهلة (ليسوا بأكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة) لانهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الد ومات منها قال قائلهم ولا ينفع الاصل من هاشم * اذا كانت النفس من باهله ومن وقوله (وأما الموالى) ظاهر

(قوله ألا يرى أن النبى صلى الله عليه وسلم) أقول هذا التنوير لا يدل على تمام المدعى فان نسب عثمان رضى الله عنه من أشرف أنساب قريش وان لم يبلغ رتبة بنى هاشم (١) قوله ابن عيلان بعين مهملة كما فى كتب اللغة لا معجمة كما وقع فى النسخ فليعلم كتبه مصححه

وقوله (كما هو مذهبه فى التعريف) أى فى تعريف الشخص فى الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبى يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لابد من ذكر الجد وقوله (ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأ لمن له أب واحد فى الاسلام) نقل فى النهاية عن الامام المحبوبى أن هذا فى الموالى وأما فى العرب فمن لا أب له فى الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن له آباء فى الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفأ لنسب آخر اذا كانا مسلمين وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له أب فى الاسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعده كفؤا له (والكفاءة فى الحرية نظيرها) أى نظير الكفاءة (فى الاسلام فى جميع ماذكرنا) من الوفاق والخلاف فان العبد لا يكون كفأ لمن هى حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤا لها والمعتق أبوه لا يكون كفؤا لمن لها أبوان فى

ومن أسلم بنفسه أوله أب واحد فى الاسلام لا يكون كفأ لمن له أبوان فى الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأ لمن له أب واحد فى الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالى بالاسلام والكفاءة فى الحرية نظيرها فى الاسلام فى جميع ماذكرنا لان الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر فى حكم الكفاءة قال (وتعتبر أيضا فى الدين) أى الديانة وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه

له أب واحد فى الاسلام لا يكون كفأ لمن له أبوان فيه لان تمام النسب بالاب والجد وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف) أى فى الشهادات والدعاوى قيل كان أبا يوسف انما قال ذلك فى موضع لا يعد كفر الجد عيبا بعد أن كان الاب مسلما وهما قالاه فى موضع يعد عيبا والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا فى حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك وهذا احسن وبه ينتفى الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفأ لم يفرق بينهما بل هم أكفاء بعضهم لبعض قال فى الاصل الا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فانه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين (قوله والكفاءة فى الحرية نظيرها فى الاسلام) يعنى أن من كان له أبوان حران كان كفأ لمن كان له آباء احرار ومن له أب واحد حر لا يكافئ من له أبوان حران ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له أب حر وفى التجنيس لو كان أبوها معتقا وأمها حرة الاصل لا يكافئها المعتق لان فيه أثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت أمها حرة الاصل كانت هى أيضا حرة الاصل وفى المجتبى معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع واعلم أنه لا يبعد كون من أسلم بنفسه كفأ لمن عتق بنفسه (قوله وتعتبر أيضا فى الدين أى الديانة) فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لان تفاصيله تعرف فى نكاح أهل الشرك ولا كونه مكافئا باسلام نفسه أو أبيه أو جده لانه مر قبلهما (قوله هو الصحيح) أى أن الصحيح اقتران قولى أبى

يستخرجون النقى من عظام الموتى ويأكلونه (قوله كما هو مذهبه فى التعريف) وصورته ان يذكر الشاهد نسب المدعى عليه بأبيه اذا كان غائبا وعندهما بأبيه وجده (قوله لان التفاخر فيما بين الموالى بالاسلام) لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالاسلام كما قال سلمان حين تفاخر الصحابة رضى الله عنهم وقالوا سلمان بن هرمز قال سلمان بن الاسلام (قوله أى فى الديانة) وهى التقوى والصلاح والحسب وانما فسره بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة (قوله وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو الصحيح) وذكر شمس الائمة رحمه الله ان الصحيح عند أبى حنيفة رحمه الله ان الكفاءة فى التقوى والحسب غير معتبرة وعن أبى يوسف رحمه الله انه

الحرية (لان الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر فى حكم الكفاءة) بسببه وروى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو أعتق اذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤا له قال (وتعتبر أيضا فى الدين) أى وتعتبر أيضا الكفاءة فى الدين (أى فى الديانة) وهى التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين هو الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام فى حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا فى الدين بمعنى الديانة (وهذا) أى اعتبار الكفاءة فى الديانة (قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه) أى الدين بمعنى الديانة (من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب) فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار وقوله (وأبو يوسف معه هو الصحيح) أى قران قول أبى يوسف مع أبى حنيفة حتى تكون الكفاءة فى الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة فى الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفؤا وقال فى شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس

(قوله وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح) أقول لفظة وأبو يوسف معه ليست من قول المصنف فقوله وقوله وأبو يوسف معه فيه ما فيه (قوله هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية أخرى الخ) أقول قال ابن الهمام هو احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ورجحه السرخسى وقال الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة اه

(وقال محمد لا تعتبر) الكفاءة فى الديانة (لانه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا الا اذا كان يصفع) أى يضرب على قفاه بعرض الكف (و يسخر منه أو يخرج الى الاسواق (١٩٢) سكران فيلعب به الصبيان) فانه لا يكون حينئذ كفؤ الامرأة صالحة من أهل البيوتات

قيل وعليه الفتوى (لانه مستخف به) أى بذلك الصفع (وتعتبر الكفاءة فى المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية) عن علمائنا (حتى ان من لا يملكهما أولا يملك أحدهما لا يكون كفأ) أما المهر فلانه بدل البضع فلابد من ايفائه وأما النفقة فلان قوام الازدواج و دوامه بها (والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا) ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة وقوله (وعن أبى يوسف) هو غير ظاهر الرواية روى الحسن ابن أبى مالك عن أبى يوسف أنه قال الكفء هو الذى يقدر على المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفء قلت فان كان يملك النفقة دون المهر قال يكون كفؤا قال الصدر الشهيد فى تعليله لان المهر يجرى فيه التسهيل والتأجيل و يعد قادرا على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان الآباء فى العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الدائرة وقوله (فاما الكفاءة فى الغنى فمعتبرة) ظاهر

وقال محمد لا تعتبر لانه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا الا اذا كان يصفع و يسخر منه أو يخرج الى الاسواق سكران و يلعب به الصبيان لانه مستخف به قال (و) تعتبر (فى المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفأ لان المهر بدل البضع فلابد من ايفائه و بالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن أبى يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجرى المساهلة فى المهر و يعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه فاما الكفاءة فى الغنى فمعتبرة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة فى اليسار

حنيفة وأبى يوسف فانه روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ورجحه السرخسى وقال الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة فى الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروءة كاعوان السلطان والمباشرين المكسة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفأ والا لا وحينئذ الاولى كون هو الصحيح احترازا عما روى عن كل منهما أنه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من مباشرى السلطان (قوله وقال محمد لا تعتبر الا اذا كان يسخر منه و يخرج سكران لانه من أحكام الآخرة فلا تبنى عليه أحكام الدنيا) وفى كون هذا قاعدة ممهدة نظر اذ لم يظهر وجه الملازمة والحق أنه قد وقد والمعتبر فى كل موضع مقتضى الدليل فيه من ابتناء على أحكام الآخرة وعدمه على أن التأذى الاعلى أمر دنيوى وهو ماذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه يعنى بعيرها اشكالها ان كانت من بنات الصالحين وفى المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسى الرواية الموافقة لقول محمد عن أبى حنيفة ولو تزوجها وهو كفء فى الديانة ثم صار داعرا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح (قوله وهو) أى اعتبار الكفاءة فى المال هو (أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره فى الكفاءة فى الغنى بما نسبه الى قول أبى حنيفة ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره و بين أن المراد من المهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا وفى المجتبى قلت فى عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل نفقة ستة أشهر وفى جامع شمس الائمة سنة وفى المجتبى الصحيح أنه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفأ ومعناه منقول عن أبى يوسف قال اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد و يكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفأ لها وفى غريب الرواية للسيد أبى شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر وفى الذخيرة ان كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء والا لا يكون كفأ وان كانت فقيرة اه وفيه نظر ثم هذا اذا كانت تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفء وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها (قوله و يعد المرء قادرا بيسار أبيه) وأمه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب (قوله فاما الكفاءة فى الغنى) يعنى بعد ملكه للمهر والنفقة هل تعتبر مكافأته اياها فى غناها قال معتبرة فى قول أبى حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسى فى مبسوطه وصاحب الذخيرة بان الاصح أن ذلك لا يعتبر لان كثرة

اعتبر الكفاءة فى الحسب ولم يعتبر فى التقوى وفسر الحسب فقال هو مكارم الاخلاق كذا فى المحيط وذكر الامام المحبوبى رحمه الله محيلا الى صدر الاسلام رحمه الله فالحسيس لا يكون كفؤا للحسيب والحسيب الذى له جاه وحرمة وحشمة عند الناس والحسيس الذى لا جاه له بل هو من جملة العوام قالوا الحسيب يكون كفؤا للنسيب حتى ان الفقيه يكون كفؤا للعربى لان شرف العلم فوق شرف النسب ولو تزوجها وهو

قال المصنف فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا) أقول قال ابن الهمام فى التفريع تامل على أن التأذى الاعلى أمر دنيوى لا وهو ماذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه اه ونحن نقول ان فساد التفريع لا يحتاج الى تامل بل الواقع ابتناء أمر الدنيا على أمر الآخرة الا يرى أن قبول الشهادة من أمور الدنيا و يبتنى على الديانة

لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى و يتعيرون بالفقر وقال أبو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح (و) تعتبر (فى الصنائع) وهذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان وعن أبى يوسف أنه لا تعتبر الا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف و يتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة و يمكن التحول من الخسيسة الى النفيسة منها قال (واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند أبى حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع

المال مذمومة وفى شرح الكنز لا معتبر بالمساواة فى الغنى هو الصحيح وعن أبى حنيفة ومحمد فى غير رواية الاصول أن من ملكهما لا يكون كفأ للفائقة فى الغنى وليس بشئ فنص على أن ما فى الهداية غير رواية الاصول وكذا فى الدراية قال وهذا القول منهما فى غير رواية الاصول وفى كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة وفى بعض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية ولهذا لم يذكره فى المبسوط عن الاوائل قال و بعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة فى المال بعد ما صرح عن أبى يوسف بنفيه (قوله وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان) أظهرهما لا تعتبر فى الصنائع حتى يكون البيطار كفأ للعطار وهو رواية عن محمد وعنه فى أخرى الموالى بعضهم أكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التى ذكرها فى الكتاب عن أبى يوسف وأظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل واحد منهما روايتان الظاهر عن أبى حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا أن تفحش وهو الرواية عن أبى يوسف وفيما قدمناه من حديث بقية حيث قال فيه الا حائكا أو حجاما ما يفيد اعتبارها فى الصنائع لكن على الوجه الذى ذكر فى شرح الطحاوى وهو أن الصناعات المتقاربة أكفاء كالبزاز والعطار بخلاف المتباعدة وعد الخياط مع الدباغ والحجام والكناس قال فهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا فى أن الظاهر من قول أبى حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض الشارحين قال وكذا قال الشيخ أبو نصر بعد أن أثبت اعتبارها وعن أبى حنيفة لا تعتبر ونحوه فى النافع وانما المثال لكن على الوجه الذى ذكره فى شرح الطحاوى لان حقيقة الكفاءة فى الصنائع لا تتحقق الا بكونهما من صناعة واحدة وفى المحيط وغيره وههنا خساسة هى أخس من الكل وهو الذى يخدم الظلمة يدعى شاكرية تابعا وان كان ذا مروءة ومال قيل هذا اختلاف عصر وزمان ففى زمن أبى حنيفة لا تعد الدناءة فى الحرفة منقصة فلا تعتبر وفى زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبنى أولا فان الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغى أن يكون الحائك كفأ للعطار بالاسكندرية لما هنالك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة اللهم الا أن يقترن به خساسة غيرها (قوله واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عند أبى حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) فالثابت الزام أحد الامرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما فعن هذا ما فى فتاوى النسفى لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لان الثابت لهم ليس الا أن يفسخ أو يكمل فاذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ * واعلم أن المدار على التسمية حتى لو سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها ثم قال المصنف (وهذا الوضع) أى قولنا اذا

وقوله وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان) فى رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفأ للعطار وفى رواية قال الموالى بعضهم أكفاء لبعض الا الحائك والحجام (وعن أبى يوسف أنه لا تعتبر الا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ) ووجه الروايتين ماذكره فى الكتاب وهو واضح قال (واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها) اذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها (فللاولياء الاعتراض عليها عند أبى حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك) قال المصنف (وهذا الوضع) أى وضع القدورى هذه المسئلة

كفء لها ثم صار فاجرا داعرا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة عند ابتداء النكاح لا استمرارها بعد النكاح كذا فى الفتاوى الظهيرية (قوله وعن أبى حنيفة رحمه الله) فى ذلك روايتان فى رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفأ للعطار وفى رواية قال الموالى بعضهم أكفاء لبعض الا الحائك والحجام (قوله وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه) يعنى ان عنده لا يصح النكاح بغير ولى فكيف يتصور أن يتزوج و ينقص من مهر مثلها فقال صح رجوع محمد رحمه الله الى قولهما ان النكاح ينعقد بغير ولى وهذا الوضع على اعتبار قوله المرجوع اليه و يتصور أيضا فيما اذا

على هذا الوجه (انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه فى النكاح بغير الولى وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه) فانه لو لم يصح نكاحها بغير الولى لم يقل ليس لهم الاعتراض وأقول هذا انما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع فى النكاح بغير ولى وليس كذلك فانه لو أذن لها الولى بالنكاح ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الاول وكذلك لو أكره السلطان امرأة

(١٩٤)

انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه فى النكاح بغير الولى وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه ولهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابى حنيفة أن الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به (واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد فى مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه)

تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض وقال محمد مع أبى يوسف ليس لهم ذلك ومعناه يجب تبقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فانما يصح من محمد على اعتبار رجوعه الى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على اجازة الولى قال وهذه شهادة صادقة على رجوعه وأورد عليه أنه انما يتم لو تعين هذا الوضع فى النكاح بغير ولى وليس كذلك فانه لو أذن لها الولى بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الاكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولى ليس له ذلك فى قول محمد الاول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما اهـ ولاشك أن قولنا اذا تزوجت ونقصت لا ينقض عند محمد عام فى الصور على ما هو حال سماء الشرط فباعتبار عمومه يكون شهادة صادقة وعليه مشى المصنف وباعتبار حمله على بعض الصور وهو فى نفسه أعم منها لا يكون شهادة وعليه مشى المعترض والاصل خلافه الا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا الصور المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وانما يجب هذا الحمل لان المذكور هنا هو المذكور فى الجامع الصغير ورجوعه مروى أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذى يشير اليه قول المصنف وقد صح ذلك ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة فى هذه (قوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد فى مهر امرأته جاز ذلك عليهما) ولزم عند أبى حنيفة سواء كان بغبن فاحش أو قليل وثبت المال كله فى ذمة الصغير فى الثانية لا فى ذمة الاب سواء كان الاب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير (وقالا لا تجوز الزيادة والنقص الا بما يتغابن فيه الناس) وعلى هذا الخلاف تزويج الاب ابنته من غير كفء ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة فى غير الديانة أما فيها فلا لما قالوا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبى حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره ولان ترك النظر

أكرهت المرأة والولى على أن يزوجها باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وأبى الولى فليس له ذلك عندهما وذكر فى الاسرار وقول محمد رحمه الله انما يتصور فيما اذا طلبت التزويج من الولى بكفء بدون مهر مثلها لم يجبر الولى عليه وعندهما يجبر وذكر فى المبسوط ثم فيما فيه الاعتراض للولى لو طلق زوجها قبل تفريق القاضى وقبل أن يدخل بها كان لها نصف ما سمى لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا الا انا أوجبنا لها نصف المسمى بالنص وان فرق القاضى بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شئ لها لانه فسخ أصل النكاح بهذا التفريق واذا زوجها الولى من غير كفء ثم فارقته ثم زوجت نفسها اياه بغير الولى كان للولى حق التفريق فلا يكون رضاه بالنكاح الاول رضا بالنكاح الثانى كذا ذكر فى الذخيرة

ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المرأة دون الولى فليس له ذلك فى قول محمد الاول فلم يكن فى هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكره فى الكتاب واضح وقوله (فاشبه الكفاءة) يعنى فى تعير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندبنا الى ترخص الصداق دون ترك الكفاءة وكذلك النبى صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته فى غير الاكفاء وزوجهن بادنى الصداق فانه ما زاد على أربع أواق ونش أى نصف أوقية ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لان الزيادة بقدر الشرف ولم نزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما والجواب بان وجه الشبه ما ذكرناه من تعير الاولياء وهو وصف مؤثر فى الباب وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من ذوى التحصيل وقوله (بخلاف الابراء بعد التسمية) جواب قولهما كما بعد التسمية وذلك لان الاولياء لا يشتغلون باستيفاء المهر عادة ولا يعدونه ضربا من اللؤم فى العادات وقوله (واذا زوج الاب ابنته الصغيرة) ومعنى

(قوله وزوجهن بادنى الصداق الخ) أقول ولك أن تقول ان تبدل الازمان والاوقات تغير الرسوم والعادات فلعل ذلك المقدار من المال كان بعد مهر المثل فى تلك الاحوال فتامل ثم كون بناته صلى الله عليه وسلم حين زوجهن صغائر غير ثابت (قوله وهو وصف مؤثر فى الباب الخ) أقول

ظاهر وقوله (ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد) بيانه أن هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز عندهما الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها أصلا أو زوجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا وقال آخرون معناه أن نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسى وفخر الاسلام والمصنف (لان الولاية مقيدة بشرط النظر) ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها أو زاد عن مهره فيكون العقد باطلا كما اذا

(١٩٥)

ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر فى شئ كما فى البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابى حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفى النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية فهى المقصود فى التصرف المالى والدليل عدمناه فى حق غيرهما (ومن زوج ابنته وهى صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز) قال رضى الله عنه (وهذا عند أبى حنيفة أيضا) لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور ارادة مصلحة تفوق ذلك نظرا الى شفقة الابوة وما فى النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فاذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح يعنى بعدما كبرت ان لم يكن يعرفه الاب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لانه انما زوج على ظن أنه كفء يفيد خلافه اذ يقتضى أنه لو عرفه الاب أنه يشرب به فالنكاح نافذ وهو ينافى ما قرر من أن الاب اذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفء والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الاب العاقد معروفا فتامله (قوله ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما) أى قولهما لا يجوز هل معناه نفى صحة العقد أو نفى صحة التسمية والعقد صحيح فيزاد الى مهر المثل قيل بالاول وقيل بالثانى واختار المصنف الاول لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بايجاب المال عوض نفسها ناقصا أو ابطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كان المأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده اذا لم يجر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء بغبن فاحش فى مالهما فايجاب المال عوض نفسها ناقصا أولى بعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج أمتها بغبن فاحش لا يجوز فتزويجها كذلك أولى بعدم الجواز ولابى حنيفة أن النظر وعدمه فى هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار أمر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وادخال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر فى ضده فى هذا العقد وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر

(قوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما) وانما فسر بهذا لانه قال بعض أصحابنا ان الزيادة والنقصان لا يجوز عندهما فاما أصل النكاح فصحيح والاصح ان النكاح باطل عندهما وفى الجامع الصغير للتمرتاشى رحمه الله تعالى عليه ظن البعض ان عندهما يجوز النكاح لان بطلان التسمية لا يبطل النكاح كالتزويج بخمر ويقال للزوج اما تزيد فى المهر أو يفسخ العقد والصحيح ان النكاح باطل كما لا يصح تصرفه فى المال بغبن فاحش لان ولايته مقيدة بالنظر وعندهما ان النكاح موقوف على اجازتهما اذا بلغا وقيل عنهما روايتان ويجوز ان يوقف بينهما فنقول ما قالا لا يجوز أى لا ينفذ بل يتوقف كبيع الراهن الرهن وأبى المرتهن ان يجيز البيع وهو موقوف وفى الاجناس عقيب قوله لا يجوز النكاح فان بلغت فاجازت جاز فى قولهما (قوله والدليل عدمناه) وهو قرب القرابة (قوله لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها) حتى لو عرف سوء الاختيار من الاب مجانة وفسقا كان عقده باطلا والله أعلم

باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش أو اشترى باكثر منها بذلك (ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابى حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر) تقريره النظر والضرر فى هذا العقد باطنان لكن للنظر دليل يدل عليه (وهو قرب القرابة) الداعية اليه وهى موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر فى هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة فى الاختان والعرائس فيجوز أن يكون نظر الاب فى الحط والزيادة الى ذلك ويجوز أن لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هى المقصودة فى التصرفات المالية فلم يكن فى مقابلتها شئ يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر وأما فى غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم قوله (ومن زوج ابنته) نظير تلك المسئلة فى التزويج بضرر ظاهر وكلامه ظاهر

انما يظهر تاثيره لو لم يكن خلافه منصوصا عليه والا يكون تعليلا فى مقابلة النص فكان يجب التعرض له فى الجواب (قال المصنف وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز) أقول ان قيل هذا مخالف لما سبق فى أول الفصل من ان الكفاءة من جانبها غير معتبرة قلنا فرق ما بين كفاءة وكفاءة فلعلهما يعتبران الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لان رقية الزوجة تستتبع رقية أولادها ألا ترى أن أبا حنيفة فرق بين الكفاءة فى الديانة وبينها فى غيرها على ما ذكره ابن الهمام فى شرحه هذا ولك أن تقول ما سبق فى أول الفصل هو مذهب أبى حنيفة

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها) (ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه) وقال زفر لا يجوز (واذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز) وقال زفر والشافعى لا يجوز

دليله فيعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأى ظاهرا بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة فى العصبات ونقصان الرأى فى الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه فى حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا انبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفء وكذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار أو المجانة والفسق كان العقد باطلا على قول أبى حنيفة على ماذكرناه هو الصحيح أما المال فهو المقصود فى التصرف المالى لا فى أمر آخر باطن لبطال النظر عليه عند ظهور التقصير فى المال فلذا لا يجوز تزويجه أمتهما بغبن فاحش لانه اضاعة مالهما لان المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبى صلى الله عليه وسلم فاطمة من على بأربعمائة درهم ولا شك فى أنه دون مهر مثلها لانها أشرف النساء فيلزم أن لا مهر أكثر منه بل الاوهو أقل منه أو أنها دون مهر مثلها والاول منتف فلزم الثانى وهذا موقوف على ثبوت أن تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل بلوغها والا لا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة أعنى قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب أن المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بذلك حينئذ ليس مظنة والحاصل اما تخصيص العلة أو القول بان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف فى جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفء عبدا أو غيره قدمناها والوجه من الجانبين واحد والله أعلم

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها) من أحكام الولى والفضولى ويبقى الرسول نذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها استفاد من الولى على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردها ثانية فى التعليم لباب الاولياء ثم ذكر غيرها من الفضولى لتأخره عنهما لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولى المجيز فنزل عقد الفضولى كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل فى السبب غير أن ابتداءه بالولى ان نظر فيه الى أنه أقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى أن عقد الفضل للوكيل أولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل (قوله ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه) الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا انى تزوجت بنت عمى فلانة بنت فلان بن فلان أو زوجتها من نفسى (وقال زفر لا يجوز واذا أذنت المرأة لرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعى لا يجوز) وصورتها أن يقول اشهدوا أن فلانة بنت فلان بن فلان وكلتنى أن أزوجها من نفسى وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففى التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها وفى النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية ألا يرى أنه لو قال تزوجت امرأة وكلتنى لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويج نفسها وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فأجابته وكرهت أن يعلم أولياؤها فجعلت أمرها فى تزويجها الى الخاطب واتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود قال يقول انى خطبت امرأة بصداق كذا

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها) (قوله واذا أذنت المرأة لرجل أن يتزوجها من نفسه) ذكر فى التفاريق زوجها من نفسه بأمرها وقال اشهدوا ان فلانة وكلتنى ان أزوجها من نفسى ولم يبينها ولم يعرفها الشهود لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية ألا ترى انه لو قال زوجت امرأة قد وكلتنى لا يجوز وفى شرح القاضى لو كانت حاضرة منتقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر رحمهما الله يجوز وقيل

لهما

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها) لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولى على المولى عليه ناسب أن يذكرها فى باب الاولياء فى فصل على حدة وقوله (وغيرها) أى غير الوكالة كنكاح الفضولى قوله (ويجوز لابن العم) صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر والشافعى لاشتراكهما فى معنى وهو أن الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشئ واحد فى زمان واحد واستثنى الشافعى الولى لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة وبناه على الضرورة

ومذهبهما أنها معتبرة من جانبها أيضا وسينقل الشارح عن الكشانى فى آخر الفصل الثانى ذلك وفيه تأمل والله أعلم

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها)

لهما أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع الا أن الشافعى يقول فى الولى ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة فى حق الوكيل ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر والتمانع فى الحقوق

ورضيت به وجعلت أمرها الى بأن أتزوجها فاشهدكم أنى تزوجت المرأة التى أمرها الى على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلوانى الخصاف كبير فى العلم وهو ممن يقتدى به وقال فى التجنيس وذكر فى المنتقى أن مثل هذا التعريف يكفى ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها او يراها الشهود والاول أقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رأيت فى التجنيس أنه هو المختار لان الحاضر يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود أما اذا كانوا يعرفونها وهى غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذا عرف الشهود أنه أراد المرأة التى يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل اه وبقولنا قال مالك وأحمد وسفيان الثورى وأبو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته أن يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت أجنبيا أو وكل امرأة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح أيضا (لزفر والشافعى أن الواحد لا يتصور) على البناء للفاعل (أن يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع) لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضاد حكمى التمليك والتملك ويوافقه الاثر وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدا عدل (الا أن الشافعى يقول) على أحد الوجهين (فى الولى ضرورة اذ لا يتولاه غيره) فلو منع من تولى شطر به امتنع أصلا لانه لو أمر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه كتكلمه هو بنفسه فلا فرق فى التحقيق وهذا الاستثناء جاء على اعتقاد المصنف أن الشافعى يقول فى المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر فى نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعى فيها أيضا لانه لا يثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذى يجيزه الشافعى من تولى الولى الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو فى هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام أنه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا شرعا الا فى الولى صح ذلك ضرورة لكنه منتف (ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر) حتى لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل على ما نذكر ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة بخلاف البيع لا يصح أن يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشترى فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغنى عن الاضافة والواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين والتمانع انما هو فى الحقوق لا فى نفس التلفظ فالذى يرجع اليه لا امتناع فيه والذى فيه الامتناع لا يرجع اليه ولا انتقال لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قام بأربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو فى الاثر * واعلم أنه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى أن هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسى يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولى الصغير بن القاضى وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهرزاده هذا اذا ذكر لفظا هو أصيل فيه أما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفى فان قال تزوجت فلانة كفى وان قال زوجتها من نفسى لا يكفى لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهى ما ذكرناه آنفا صريحة فى نفى هذا الاشتراط وصرح بنفيه فى التجنيس أيضا فى علامة غريب

لا يجوز ما لم ترفع نقابها او يراها الشهود كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله (قوله الا ان الشافعى رحمه الله يقول فى الولى ضرورة لانه لا يتولاه سواه) أكثر ما فى الباب أن يأمر غيره ولئن أمر غيره من أحد

ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر) وكل من هو

(قال المصنف الا أن الشافعى يقول فى الولى ضرورة الخ) أقول قال ابن الهمام هذا الاستثناء بناء على اعتقاد المصنف أن الشافعى يقول فى المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر فى نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعى فيها أيضا لانه لا يثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذى يجيزه الشافعى من تولى الولى الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو فى هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر مملكا ومتملكا شرعا الا فى الولى صح ذلك ضرورة لكنه منتف اه لا تمسنا الحاجة الى ولاية الاجبار فالشافعى يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه باذنها ضرورة فليتأمل الا أنه لا يجوز ذلك عند الشافعى أيضا الا فى وجه أبعد كما صرح به فى كتبهم

دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول قال (وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان أجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاه) وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعى تصرفات الفضولى كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولى لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه

الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفى ولا يحتاج الى أن يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفى العقد اذا أتى باحد شطرى الايجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين (قوله فان كل عقد) كالبيع والاجارة ونحوهما (صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة) فاذا أجاز من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد فسر المجيز فى النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا أو وكيلا أو أصيلا وقال فى فصل بيع الفضولى من النهاية الاصل عندنا أن العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد جازت وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا انفذ على العاقد والا توقف بيانه الصبى اذا باع ماله أو اشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على اجازة الولى فى حالة الصغر فلو بلغ قبل أن يجيزه الولى فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبى امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله محاباة فاحشة أو اشترى باكثر من القيمة مالا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق والعتاق اه وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولى اذ لا توقف فى هذه الصور وان قبل فضولى آخر أو ولى لعدم قدرة الولى على امضائها ولو أراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغى أن يقول وله مجيز ومن يقدر على انفاذه ليصح جواب المسئلة أعنى قوله انعقد موقوفا لان الصبى فى الصور المذكورة فضولى ولو قبل عقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته أن يقول أجنبى لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان أجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت ودخلت بعدها طلقت كذا فى الجامع وفى المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج أجزت الطلاق على فهو جائز ولو قال أجزت هذه اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا أن الصبى اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبى العاقل من أهل العبارة غير أنه محتاج الى رأى الولى فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء ويندرج المخاطب فى ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولى فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين

الجانبين فأموره قائم مقامه فلو منعناه من تولى الشطرين لامتنع النكاح أصلا (قوله دون التعبير) يعنى المنافاة بين كون الشخص الواحد مملكا ومتملكا انما يكون فى حكم هذين اللفظين لا فى التعبير بهما والشخص الواحد جاز أن يعبر بلفظ التمليك والتملك والحكم فى عقد النكاح راجع الى الزوجين ألا ترى انه لا يستغنى عن الاضافة اليهما بخلاف البيع (قوله وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة) بخلاف ما اذا

كذلك لا يمتنع أن يكون مملكا ومتملكا لانه لا تمانع فى التعبير بان يقول زوجت بنت عمى فلانة على صداق كذا وانما التمانع فى الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهى لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر (بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين) أى شطر الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضا مقام عبارتين (فلا يحتاج الى القبول) وقوله (وتزويج العبد والامة) ظاهر وقوله (وله مجيز) أى قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر أو وكيلا أو أصيلا وقوله (لان العقد وضع لحكمه) بناء على أن المقاصد الاصلية هو الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه (والفضولى لا يقدر على اثبات الحكم) والاجاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا (ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله زوجت وتزوجت (صدر من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافا الى محله) وهو الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات (ولا ضرر فى انعقاده) لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة (فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه) والا أبطله

(قوله بان يقول تزوجت بنت عمى فلانة الخ) أقول هذا ليس من التزويج بالوكالة بل بالولاية (قال المصنف ولا ترجع الحقوق اليه الخ) أقول قال السروجى قوله وقد ولا ترجع الحقوق اليه قلت تعليل صحيح لو سلم من النقض ولم يسلم فان الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه اه ويمكن أن يقال معنى كلام المصنف لا ترجع اليه الحقوق بمجرد كونه عاقدا وجعل عبد نفسه مهرا زائدا على العقد فتأمل

وقد يتراخى حكم العقد عن العقد (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا أنى قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجازه جاز

أو ما يقوم مقامهما فعلى هذا قوله وما لا مجيز له أى ما ليس له من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولى أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة فى دار الحرب أو اذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه اليتيمة فكان كالمكان الذى فى دار الاسلام ليس له حاكم ولا سلطان فانه أيضا يتعذر تزويج الصغائر فيه اللاتى لا عواصب لهن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينفذ أما اذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم أعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فاجاز الوصية يصح لان كفالته التزام المال فى الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر للحال لحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبه أما التوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعى عقدا سابقا ولذا لو قال لآخر أجزت أن تطلق امرأتى أو أن تعتق عبدى أو أن تكون وكيلى أو أن يكون مالى وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرهما من التصرفات لو قال أجزت عتق عبدى أو أن تكون فلانة زوجتى أو أن يكون مالى لفلان لا يتم ذلك ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولى فقال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من أهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات والحال أنه لا ضرر فى انعقاده على التوقف انما الضرر فى ابرامه بدون اختيار من له الاجازة فوجب أن ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا يتركه فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وما فيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور (١) وجه وجود المصلحة له هو الثابت فكان تصرف الفضولى هذا من باب الاعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلناه لانه داخل فى عموم فعل الخيرات (وقد يتراخى حكم العقد عن العقد) كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه فى الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه والاولى أن يقال عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا رأى الخ فقوله لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا أيس من مصلحته وانما قلنا هذا لان قوله صدر من أهله مما يمنع ويقول الشافعى ان أريد أهل العقد فى الجملة فمسلم ولا يفيد وان أريد هذا العقد الذى هو فيه فضولى فممنوع بل أهله من له ولاية اثبات حكمه (قوله ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) يعنى الغائبة من غير اذن سابق منها له (فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا أنى قد زوجتها منه فقبل آخر فبلغها فاجازت جاز وان لم يقبل أحد لم يجز وكذلك ان كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك) يعنى يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا أنى قد تزوجت فلانا يعنى الغائب من غير اذن سابق لها منه فبلغه الخبر فاجاز وان قال آخر اشهدوا أنى قد زوجتها منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز وان لم يقبل أحد عن الغائب لم يجز وان أجاز (وهذا عند أبى حنيفة ومحمد) يعنى هذا التفصيل وقال أبو يوسف فيهما يجوز اذا أجاز الغائب وان لم يقبل أحد وبقيت صورة ثالثة هى أن يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه فضولى آخر توقف اتفاقا والا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهى قول الرجل تزوجت فلانة أو المرأة تزوجت فلانا أو الفضولى

زوج رجل امرأة لا يحل له نكاحها لانه ليس لهذا العقد مجيز

وقوله (وقد يتراخى حكم العقد) جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعنى سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم ينعدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا تتوقف والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المجيز وقوله (وهذا) أى مجموع ما ذكر (قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا زوجت نفسها فبلغه) يعنى بغير مجيز (فاجازه جاز) قوله

(قوله وهذا أى مجموع ما ذكر) أقول أو التفصيل المذكور

(١) وجه وجود المصلحة كذا فى الاصول ولعل لفظ وجود مزيد من النساخ كما هو ظاهر كتبه مصححه

(وحاصل ذلك) قال الامام المحبوبي ههنا ستة مسائل ثلاث منها تتقف على الاجازة بلا خلاف احداها أن الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر أو قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فاجابه فضولي وقال زوجتها منك أو قالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلاث منها اختلاف احداها ما ذكر أولا وهو قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة والثانية أن تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر والثالثة أن يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجاز الغائب وهو قول أبي يوسف أولا وعلى قوله آخرا يتوقف (هو يقول) في الفضولي من الجانبين (لو كان مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا توقف) لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول

وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين أو بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال

زوجت فلانة من فلان وقبل آخر فيها وثلاث خلافية هي هذه اذا لم يقبل أحد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعني أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب أو وكيلا أو وليا وقيده بعضهم بما اذا تكلم بكلام واحد أما اذا تكلم بكلامين فانه يتوقف بالاتفاق ذكره في شرح الكافي والحواشي ولا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم أبي الفضل الذي جمع كلام محمد مطلق عنه وأصل المبسوط خال عنه قال ويجوز للواحد أن ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما ولا يجوز ذلك اذا كان وليا أو وكيلا لاحدهما دون الآخر أو لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط أيضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر أن منشأه ما نقل من المبسوط من أن أصل الخلاف في هذه الصور أن شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول أبي يوسف أولا وقال آخرا يتوقف فأخذ منه أن الفضولي لو تكلم بكلامين بأن قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعني لانه حينئذ عقد لا شطر وأن الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيده به بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وبتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله في الهداية في وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح في أن عدم توقف الشطر اتفاق لان الالزام لا يقع الا بمتفق والا لم يصح فيخالف ما في المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف في أنه اذا أوجب أحد المتعاقدين في البيع أو النكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق على أن شطر العقد لا يتوقف والاجماع أن يقبل في مجلس آخر ويتم النكاح والبيع عند أبي يوسف وليس كذلك فالحق أن مبنى الخلاف في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام أو شطره فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين (قوله هو يقول لو كان مامورا من الجانبين نفذ اتفاقا) وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع قيام كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه وأثره ليس الا في النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة عدم الاذن على صورة الاذن في كونه عقدا تاما ويثبت بثبوته لازمه وهو التوقف بالغاء الفارق وقوله (وصار كالخلع) يعني من جانبه (والطلاق والاعتاق على مال) قياس على صور أخر هي ما اذا قال خلعت امرأتي أو طلقتها على ألف وهي غائبة فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذا أعتقت عبدي على ألف فبلغه الخبر فاجاز جاز كالاولى ولهما أن القائم به شطر العقد وشطره لا يتوقف أما الثانية فبالاتفاق وأما الاولى فلانه شطر حالة الحضرة أي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لانه لا فرق بحال الا أن يتكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لان كون كلامي الواحد عقدا تاما هو أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر وهذا لان العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين وكلام الواحد ليس كلام اثنين الا حكما لاذنهما له أو ولاية له

(قوله أو فضوليا من جانب وأصيلا) وكذا فضوليا ووليا أو وكيلا من جانب عندهما خلافا له (قوله فاذا كان فضوليا يتوقف) لان الفرق بين المأمور وغيره النفاذ لا الانعقاد (قوله وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال) بان قال خالعت امرأتي على كذا فبلغها الخبر فقبلت أو قال طلقت امرأتي على كذا فبلغها الخبر فقبلت أو قال أعتقت عبدي على كذا فبلغه الخبر فقبله

ولهما

(قوله والجامع احتياج الكل) أقول فيه بحث فان هذا الجامع يوجد في جل العقود ولا يتوقف

(ولهما أن الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة) حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك (فكذا عند الغيبة) لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف (وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينقل كلامه الى العاقدين) فيصير ككلامين (وما جرى بين الفضوليين عقد تام) لوجود الايجاب والقبول فيتوقف (وكذا الخلع وأخناه) أي الطلاق على مال والاعتاق عليه (لانه تصرف يمين من جانبه) ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء قوله (ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين) لا يخلو اما أن يكون التوكيل بامرأة معينة أو غيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واضح

ولهما أن الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع وأخناه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به (ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ

ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير منع كون الاذن ليس أثره الا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه ككلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تأثيره فيه فما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لان كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ ولا اذن للفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع وأختيه لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والعتق بقبولهما المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا ولذا لو كانت هي المخالعة بان قالت خالعت زوجي على ألف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بانه لو كان تعليقا لما بطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول لكنه يبطل وليس لها أن تقبل بعده أجيب لا يلزم من كونه تعليقا أن لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله * (فروع) * للفضولي في النكاح أن يفسخه قبل الاجازة عند أبي يوسف حتى لو أجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد ويفرق بان حقوق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وتثبت الاجازة باجزت ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسنت وأصبت على المختار واحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هنأه فقبل التهنئة أنه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها العبد لان تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسياق الكلام فيه ولو زوجه الفضولي أربعا في عقدة وثلاثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم يظن كونها كذبا وتمرد اليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده وقوله بالفارسية مال انيست اجازة على ما اختاره أبو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا ومثل ذلك في المرأة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليس باجازة لانه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر (قوله ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) هذا شروع في مسائل الوكيل ولا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل

(قوله وكذا الخلع وأخناه) أي الطلاق والاعتاق على مال لانه تصرف يمين لما فيه من تعليق الطلاق والعتاق بالقبول لصحة تعليقهما بالشرط فاذا بلغهما وقبلا صح لوجود الشرط ولهذا لا يصح الرجوع عن ذلك فاليمين حكم فبقي باعتبار حكمه ولا يمكن ان يجعل النكاح تعليقا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يلزم على هذا ما اذا قال بحضرة منها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ولو كان تعليقا بالشرط لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات ما يبطل بالقيام عن المجلس كقوله أنت طالق ان شئت فانه يقتصر على وجود المشيئة في المجلس حتى يبطل بقيامها عن المجلس وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله والواحد يتولى طرفي الخلع اذا سمى البدل وعن محمد رحمه الله بلا تسمية أيضا لان الحقوق لا ترجع اليه وجه ظاهر ان الخلع لا يجب فيه البدل بلا تسمية ويحتاج فيه الى طلب الزيادة والنقصان والواحد لا يصلح مستزيدا ومستنقصا بلا مسمى وفي المسمى لا حاجة الى ذلك وما قالوا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين فيما اذا تكلم الفضولي بكلام واحد بان قال الفضولي زوجت فلانة من فلان أما اذا تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت منه يتوقف بالاجماع كذا في شرح الكافي (قوله لم تلزمه واحدة منهما)

(قال المصنف ولهما أن الموجود شطر العقد) أقول يعني أن الموجود المعتبر شرعا هو شطر العقد وهذا يشمل ما اذا تكلم الفضولي بكلام واحد أو كلامين ايجاب وقبول فان قبوله غير معتبر شرعا كما في حالة الحضرة فكذا في الغيبة فيلغو فيلحق بالعدم والله أعلم

وكان أبو يوسف يقول أولا يصح نكاح احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المامور ممتثل أمره فى احداهما ولا يبعد أن تكون احداهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلاثا بغير عينها فالبيان الى الزوج قال شمس الائمة السرخسى وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت فى المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفى الاول وهو ان أمره أن يزوجه فلانة فزوجها وأخرى معها فى عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولى فيها وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبى وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن أميرا فزوجه وقوله (ومن أمره أمير) قيده بالامير الوكيل أمة أو حرة عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة اما اتفاقا واما الماقيل قيده بذلك لتظهر الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة فى الوكالة عندهما وقيد بقوله أمة لغيره لانه لو زوجه أمة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة وأشار اليه فى الدليل بقوله (قوله وكان أبو يوسف الى قوله لانه ليس كالطلاق الخ) أقول الظاهر من تقرير تعليل أبى يوسف أنه قاس حال ابتداء النكاح بحال بقائه لا النكاح بالطلاق فكان الاولى فى بيان ضعفه أن يفرق بين البقاء والابتداء وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت استقلالا (قوله وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت فى المجهول الخ) أقول قال السروجى قلت يرد على هذه العلة بيع عبد من عبدين على أن المشترى بالخيار يأخذ أيهما شاء على ما يأتى فى أول البيوع ان شاء الله تعالى اه ويجوز أن يقال جوازما ذكرتم انما ثبت على خلاف القياس بالاستحسان لكونه فى معنى ما ورد به الشرع وهو منتف هنا (قال المصنف فتعين التفريق) أقول يعنى بينه وبين كل منهما قال ابن الهمام وهذا غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منهما الا لزوم التفريق ولا يساويها اذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح احداهما ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم امكان تنفيذهما وتنفيذ احداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب اه ويمكن أن يقال مراد المصنف فتعين التفريق اذا لم يجز تزويجهما ورده بقرينة سياق كلامه فليتامل (قوله واما الماقيل الخ) أقول واما ليعلم جواز النكاح فيمن دونه بطريق أولى

فى احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق (ومن أمره أمير بان يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبى حنيفة) رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة (وقالا لا يجوز الا أن يزوجه كفؤا) لان المطلق ينصرف الى المتعارف

وانما ينبغى أن يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها وقوله لم يلزمه واحدة منهما يعنى اذا لم يعينها للوكيل وكأنه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك أما اذا عينها فزوجه اياها مع أخرى فى عقدة واحدة نفذ فى المعينة ولو زوجه اياهما فى عقدتين لزمته الاولى وتتوقف الثانية لانه فضولى فيه ولو أمره بثنتين فى عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين فى صفقة لا يملك التفريق لان الجملة فى البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده وليس فى النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجنى الا امرأتين فى عقدة واحدة ثم أفاد وجه ما ذكر فى الكتاب بقوله ولا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منهما الا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح احداهما ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم امكان تنفيذهما وتنفيذ احداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان أبو يوسف يقول أولا يصح نكاح احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت فى المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر شيأ من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا أمره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلا لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك وأما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما له بل للفعل اذا لم يتمحض زنا بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بالف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو أمره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو أمره ببيضاء فزوجه سوداء أو على القلب أو من قبيلة فزوجه من أخرى أو بامة فزوجه حرة لا يجوز ولو زوجه مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد جاز (قوله ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبى حنيفة رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا أن يزوجه كفؤا)

وعن أبى يوسف رحمه الله أولا يصح نكاح احداهما ان لم يكن بينهما محرمية واليه البيان كما لو طلق احدى امرأتيه ولو مات قبل البيان فالمهر والميراث بينهما وعليها عدة الوفاة وجه المشهور ان تصحيح النكاح فى المجهول تعليق بالبيان وانه لا يصح بخلاف الطلاق لانه يحتمل التعليق (قوله وعدم التهمة) لان الامة لغير

وعدم التهمة وأما اطلاق اللفظ فان لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والامة جميعا وقوله (وهو التزوج بالاكفاء) قال الكشانى دلت المسئلة على أن الكفاءة تعتبر فى النساء للرجال أيضا عندهما وكذا ذكره فى الاصل (قلنا العرف مشترك) يعنى كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل (أو هو عرف عملى) أى عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه أن العرف على نوعين لفظى نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملى أى عرف من حيث العمل أى من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله (فلا يصلح مقيدا) لا طلاق اللفظ لان اطلاق اللفظ تصرف لفظى والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذى يردان عليه وقوله (وذكر) يعنى محمدا (فى وكالة الاصل) اشارة الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما فى الوكالة لما ذكره فى الكتاب وهو واضح (قوله قال الكشانى دلت المسئلة الخ) أقول ان أراد دلت على اعتبارها فى الوكالة عندهما فمسلم بالنظر الى دليلهما وان أراد مطلقا فممنوع (قال المصنف قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملى فلا يصلح مقيدا) أقول فيه بحث (قوله فلا يصلح مقيدا لاطلاق اللفظ الى قوله والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الخ) أقول فيه بحث فان المقيد أيضا هو اللفظ غايته أن الباعث للتقييد شئ غيره ولا ينتفى بذلك اتحاد المحل كما لا يخفى على من يتامل ثم كيف يصح أن يقال ان العرف العملى لا يصلح مقيدا وقد اتفقوا على أن المتبايعين اذا أطلقا الثمن ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة العرف على ما سيجئ

وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملى فلا يصلح مقيدا وذكر فى الوكالة أن اعتبار الكفاءة فى هذا استحسان عندهما لان كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة فى التزوج بالكفء والله أعلم

والتقييد بالامير مطلقا وان كان أمير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق أولى فحاصل المسئلة اذا أمره غيره بتزويجه فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمة ولو زوجه أمة لغيره أو عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المرأة المرأة غير كفء قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح أنه لا يجوز اتفاقا والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن المرأة تعير بغير الكفء فيتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعيره أحد بعدم كفاءتها له لانه مستفرش واطئ لا يغيظه دناءة الفراش أما لو كانت أمة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امرأة فزوجته نفسها أو وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل بنته أو بنت ولده أو بنت أخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالاكفاء (قلنا العرف مشترك) أى الواقع من أهل العرف تزويجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس مختصا بتزويج المكافئات لينصرف الاطلاق اليه (أو هو عرف عملى فلا يصلح مقيدا) للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما فى هذا الوجه وقولهم فى الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة ينفيه اذ ليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابى قولهما أحسن للفتوى واختاره الفقيه أبو الليث وقد يكون فى سكوت الشيخ عقيب قوله (وذكر فى الوكالة أن اعتبار الكفاءة فى هذا استحسان عندهما لان كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة فى التزوج بالمكافئة) اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا فى المسائل المعلومة والحق أن قول أبى حنيفة ليس قياسا لانه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر فى أى الاستحسانين أولى وفى وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على أن الكفاءة معتبرة عندهما فى النساء للرجال اذ ظهر أن قولهما ليس بناء عليه بل على أن الظاهر أن الاستعانة لا تقصد الا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل أحد يقدر على ذلك هذا والوكيل بتزويج امرأة بعينها يملكه بالغبن اليسير اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا أن التهمة فى حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغنى فيه عنه فتمكنت تهمة أنه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا أن يجيزه وكذا ان سمى للوكيل ألفا مثلا فزوجه باكثر فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار أن الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما لو علم فدخل بها فان فارقها فلها الاقل

المزوج والضرورة لانه ليس تحته حرة (قوله قلنا العرف مشترك) لان الاشراف كما يتزوجون الشريفات يتزوجون المعتقات والاماء فلا يصلح مقيدا لانه حينئذ يقع التعارض فيبقى الاطلاق (قوله أو هو عرف عملى) فلا يصلح مقيدا وهذا لان المتعارف أن لا يتزوج الشريف الامة اما لا عرف فى أن مثله لا يسمى تزوجا أو غير الكفء لا يسمى امرأة والاطلاق صفة اللفظ والعقد يرد عليه فلا بد أن يكون لفظا ألا ترى انه لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم خنزير أو آدمى حنث مع أنه غير معتاد فعلا لانه لحم ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز بالاجماع فانه معتاد ألا ترى ان النبى عليه السلام تزوج عائشة رضى الله عنها وهى بنت ست سنين

(باب المهر)

(ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا) لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل

من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة فى المهر لزم الوكيل أو الرسول نصف المهر وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هى الموكلة وسمت ألفا مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار فهى بالخيار ان شاءت أجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها الا نه لما ردت تبين أن الدخول حصل فى نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقى الجواب بحاله قال المصنف رحمه الله فى التجنيس يجب أن يحتاط فى مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه أولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها به الوكيل ويكون القول قولها وترد النكاح وكذا هذا فى سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر فى الرسول من مسائل أصل المبسوط قال اذا أرسل الى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فهو سواء اذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا يسألك أن تزوجيه نفسك فاشهدت أنها زوجته نفسها وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فان ذلك جائز اذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة فان لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما الا ان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى أن مثل هذا بعينه فى الوكيل ثم ذكر فى الرسول فروعا كلها تجرى فى الوكيل لا باس بذكرها لفوائدها قال فان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد أمرنى بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر بذلك أو ببينة والضمان لازم للرسول ان كان من أهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه أمره بذلك وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر فى كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك أن لا فرق فى هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال فى المبسوط فقيل ان ما ذكر هنا قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وهنالك قول محمد وأبى يوسف الآخر بناء على أن قضاء القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فنفذ بالفرقة قبل الدخول وسقط نصف المهر وعلى قول محمد رحمه الله لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان ووجه تلك الرواية أن الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شئ بزعم الكفيل ووجه هذه أنه أنكر وجوبه عليه وهو يملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه قال فان كان الرسول قال لم يأمرنى ولكنى أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج ذلك جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة كالاذن فى الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شئ لان أصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل والله أعلم

(باب المهر)

المهر حكم العقد فيتعقبه فى الوجود فعقبه اياه فى البيان ليحاذى بتحقيقه الوجودى تحقيقه التعليمى (قوله ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا) لا خلاف فى ذلك (لان النكاح عقد انضمام) يعنى ليس مأخوذا فى مفهومه المال جزأ فيتم بدونه الا أن قوله عقد لا يستلزمه الا اذا لم يثبت فى مفهومه زيادة شروط وهو منتف

فان قيل اذا وكل بشراء الفحم يتقيد بالشتاء وبشراء الجمد يتقيد بالصيف قلنا فيه منع ذكره شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى كتاب البيوع والله أعلم بالصواب

(باب المهر)

(قوله ثم المهر واجب شرعا) فان قيل لو زوج أمته من عبده لا يجب المهر كذا ذكره فى المحيط فعلم أن

فلا

(باب المهر)
لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع فى بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له والمهر هو المال يجب فى عقد النكاح على الزوج فى مقابلة منافع البضع اما بالتسمية أو بالعقد وله أسام المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد فى صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله عز وجل فانكحوا والنكاح لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه أجاب بقوله (ثم المهر واجب شرعا) يعنى أن وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل

(باب المهر)
(قوله فان مهر المثل يجب بالعقد الخ) أقول لا أدرى لم خص مهر المثل بالذكر والحال أن وجوب المهر مطلقا مسمى كان أو مهر المثل من أحكام النكاح فكان الاولى هو الاجراء على العموم

فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك (وأقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعى ما يجوز أن يكون ثمنا فى البيع لانه حقها

اذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويرد حينئذ أن المهر أيضا واجب شرعا فيه فاجاب بانه وجب شرعا حكما له حيث أفاده بقوله (فلا يحتاج الى ذكره) اذا لم يسم ابانة لشرف المحل أما أنه وجب شرعا فلقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا باموالكم فقيد الاحلال به وأما اعتباره حكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم وأما أنه ابانة لشرفه فلعقلية ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب تقديم تسميته فعلمنا أن البدل النفقة وهذا لاظهار خطره فلا يستهان به واذن فقد تأكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك فيثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر لها (قوله وكذا اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها) أى فيصح النكاح (وفيه خلاف مالك) وجه قوله أن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط أن لا مهر وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضا الا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود فى المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على أن المهر اعتبر حكما شرعا والا لما تم بدون التنصيص عليه اذ لا وجود للشئ بلا ركنه وشرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه وبهذا ظهر أن ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى فى كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد ما زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبسه بالمتعة فى قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشئ يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة ووجه الآخر أنها دين آخر لانها ثياب وهى غير الدراهم والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما اذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك هل تضمن تمام قيمته ففى قوله الاول لا ضمان عليها الا انها حبسته بحق وفى الآخر تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها فى قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفى قوله الآخر لها أن تطالبه بها (قوله وأقل المهر عشرة دراهم) فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما يشترط المسكوكة فى نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد وهذا عندنا وعند مالك ربع دينار وعند النخعى أربعون درهما وقال الشافعى وأحمد ما يجوز ثمنا

النكاح بلا مال جائز قلنا قد قيل بانه يجب ثم يسقط ومن قال أنه لا يجب أصلا لانه لا فائدة فى ايجابه أو نقول بان النص يتناول الاحرار بدليل السياق والسباق (قوله وفيه خلاف مالك رحمه الله) أى فيما اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها فان هذا النكاح لا يجوز عنده فان قيل النكاح عقد معاوضة يفتقر الى المهر كالبيع يفتقر الى الثمن ثم نفى الثمن يفسد البيع فنفى المهر ينبغى أن يفسد النكاح قلنا الثمن عوض أصلى فى البيع لاقتضائه الثمن لغة وشرعا اذ هو لغة تمليك شئ بشئ وشرعا تمليك مال بمال فترك تسميته يفسده كترك تسمية أحد الزوجين وأما المهر فليس بعوض أصلى لان النكاح لغة لا يقتضيه لانه ينبئ عن الازدواج وذا الصيرورة كل زوج لصاحبه وانما وجب شرعا اظهارا لخطر المحل فوفرنا على الشبهين حظه فمن حيث انه ليس بعوض أصلى لا يفسد النكاح بعدمه ونفيه ومن حيث انه عوض شرعا لا ينعقد بدونه (قوله وأقل المهر عشرة دراهم) لقوله عليه السلام لا مهر أقل من عشرة وغير الدراهم لم يتقيد بالعشرة فتعينت الدراهم ضرورة

(قوله فان قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل) أقول اقيم الدليل عليها بانه يلزم الزيادة على النص الا أن يكون المراد من دليل أقوى منه وفيه ما فيه

(فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح) فان قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل قلت دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا فى النكاح الصحيح فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح (وكذا اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا أن النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين وقوله (وفيه) أى فيما اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها (خلاف مالك) يعنى أنه لا يجوزه قال لانه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفى عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط أن لا يكون مهر والقياس على البيع يقتضى شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود فى المتعة كما سيجئ قلنا دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن ينفى المهر كدلالته على جواز ترك ذكره لان ما يكون عوضا يشترط ذكره فى العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع (وأقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعى ما يجوز أن يكون ثمنا فى البيع لانه حقها) شرعه الله تعالى لها

صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا (فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ولا مهر أقل من عشرة) انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفيه بحث من أوجه الاول أنه خبر واحد فلا يجوز تقييد اطلاق قوله تعالى أن تبتغوا باموالكم به لانه نسخ الثاني أنه معارض بما روى أن عبد الرحمن بن عوف جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فاخبره أنه تزوج فقال عليه الصلاة والسلام كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال عليه الصلاة والسلام أولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة دراهم وثلث وبما روى أن امرأة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام لا حاجة لنا اليوم بالنساء فقال رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام هل عندك شئ تصدقها فقال ما عندي الا ازاري فقال عليه الصلاة والسلام لا فالتمس شيأ ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيأ فقال عليه الصلاة والسلام هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا قال عليه الصلاة والسلام زوجتكها بما معك من القرآن الثالث أن هذا الحديث متروك العمل في حق

الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب عن الاول أن التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم لان الفرض بمعنى التقدير وكان المراد باموالكم في قوله تعالى أن تبتغوا باموالكم مالا مقدرا وبين في الحديث مقداره وهذا لان كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر وعن الثاني بان الاحاديث تدل على ما يعجل بالسوق اليها أما في حديث عبد الرحمن فلانه مصرح به وأما في الحديث الآخر فلانه أمر ذلك الرجل بالالتماس وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا في الذي يثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا أن عائشة عملت بخلافه ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم وقوله (ولانه حق الشرع) أي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم على ما عرف في الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل (فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة) لانه يتلف به عضو محترم فلان يتلف به منافع بضع كان أولى

(قوله لان الفرض بمعنى التقدير) أقول فيه بحث (قوله وعن الثالث الى قوله ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك الخ) أقول في الملازمة كلام فانه كثيرا ما يقع العمل من الصحابة بخلاف الحديث اما العدم وصول الحديث اليه واما الضعفه واما الوجود معارض أقوى منه أو يتركان فيعمل بالقياس لكنه بالحقيقة كلام على السند الاخص (قوله لانه يتلف به عضو محترم فلان يتلف به منافع بضع كان أولى) أقول أنت خبير بان هذا التعليل على تقريره لا يلزم الزاما الا على النخعي القائل بان أقل المهر أربعون درهما وليس الكلام معه بل مع الشافعي

فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر أقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

لانه حقها اذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه ابراء واستيفاء (فيكون التقدير اليها) و يدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه كم سقت اليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك أولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا أو تمرا فقد استحل رواه أبو داود ولان قوله تعالى أن تبتغوا باموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رضي الله عنه ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه المعجل وذلك لان العادة عندهم كانت تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء الى أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيأ لها نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس أن عليا لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيأ فقال يا رسول الله ليس لي شئ فقال اعطها درعك فاعطاها درعه ثم دخل بها لفظ أبي داود ورواه النسائي ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة قالت أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيأ رواه أبو داود فيحمل المنع المذكور على الندب أي ندب تقديم شئ ادخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها واذا كان ذلك معهودا وجب

(قوله لانه حق الشرع وجوبا) لقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم فهذا النص يقتضي أن

حمل

حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث وكذا يحمل أمره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على أنه تقديم شئ تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه أبو داود ويحمل رواية الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات قيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الا سماعا لكن فيه داود الاودي عن الشعبي عن علي وداود هذا ضعفه ابن حبان والحق أن وجود ما ينفي بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث الترمذي وابن ماجه أنه صلى الله عليه وسلم أجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم أدوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من أراك وحديث الدارقطني عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر أحدكم بقليل ماله تزوج أم بكثيره بعد أن يشهد الا أنها كلها مضعفة ما سوى حديث التمس فحديث من أعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه (١) الاودي ومسلم بن رومان مجهول أيضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح لان فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش الخطا فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن البيلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه أبو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى فيه ضعف وحديث الخدري فيه أبو هرون العبدي قال ابن الجوزي قال حماد بن زيد كان كذابا وقال السغدي مثله مع احتمال كون تينك النعلين تساويان عشرة دراهم وكون العلائق يراد بها النفقة والكسوة ونحوها الا أنه أعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعد زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمه اياها ما معه أو نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا باموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعية في دلالتها لانه نسخ للقطعي فيستدعي أن يكون قطعيا فاما اذا كان خبر واحد فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من أن لزوم تقديم شئ أو ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن يبقى كون الحمل على ذلك اعمالا لخبر واحد لم يصح عند المحدثين فيستلزم الزيادة على النص به لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فانقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما أفاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على أنه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مرادا من الآية قطعا وكون المهر أيضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك وغيرك قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير المصنف في تقدير المهر قياس حاصله أن المهر حق الشرع بالآية وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك عشرة دراهم في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع وهذا من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة وأيضا المقدر في الاصل عشرة مسكوكة أو ما يساويها ولا يشترط في المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوي تسعة مسكوكة جاز اللهم الا أن يجعل استدلالا على أنه

صاحب الشرع هو المتولي للايجاب والتقدير وان تقدير العبد امتثال فمن جعل الى العبد اختيار الايجاب

(١) الاودي بالواو قبل المهملة في نسخة وفي أخرى الازدي بالزاي بدل الواو فحرر كتبه مصححه

(ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة) عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية مالا يصلح مهرا كانعدامه ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيا (ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها أو مات عنها) لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

مقدر خلافا للشافعى فى نفيه (قوله ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل) قياسا على عدم التسمية هكذا تسمية الاقل تسمية مالا يصلح مهرا وتسمية مالا يصلح مهرا كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل وقولنا استحسان وله وجهان أحدهما أن العشرة فى كونها صداقا لا تتجزأ شرعا وتسمية بعض مالا يتجزأ كذكر كله فهو كما لو تزوج نصفها أو طلق نصف تطليقة حيث ينعقد و يقع طلقة فكذا تسمية بعض العشرة والثانى وهو المذكور فى الكتاب حاصله أن فى المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف فى حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقين فيعمل فيما لها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله أن التشبيه المذكور اما فى الحكم ابتداء بان يدعى اندراج تسمية مالا يصلح فى عدمها فثبوت الحكم فيه أعنى وجوب مهر المثل حينئذ بالنص والاجماع دون القياس وحينئذ يمنع الاندراج واما فى الجامع وهو القياس ليثبت حكم الجامع فى محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته فى الفرع اذ قياس الشبه الطردى باطل ولا يعلم ما هو الا أن يعينه عدم القدرة على تسليم شئ اذ لا قدرة على تسليم العدم بوجه وحينئذ تمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشا وان عينه فوات الخطر الذى وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا فيجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب وأما افساد المصنف بقوله ولا معتبر بعدم التسمية الخ يعنى لا نسلم أن كل ما لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية فى ايجاب مهر المثل لان عدمها قصاراه أن يكون لرضاها بغير مهر فانه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة أنه حكمه و رضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى بعدمه تكرما على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر فى القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت فى المتنازع فيه ظهور ذلك والا لتركوا التسمية رأسا لان زيادة التسمية تكلف أمر مستغنى عنه فى المقصود وهو قصد مهر المثل مع أنه مختلف فى كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر أنها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه لكان أقرب مع أنه لم يمس المبنى ثم فرع على الخلاف فقال (ولو طلقها قبل الدخول) أى فى صورة تسمية ما دون العشرة (فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة) لان موجب هذه التسمية عشرة (وعنده المتعة) وفى المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوى خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا أو موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فى الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفى المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه و بين القيمة ولذا تعتبر قيمته وقت القبض اه وعلم مما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فانها تملكه بنفس العقد كما ستعلم (قوله فلها المسمى ان دخل بها

وترك التقدير كان راداله

والخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة). اما باعتبار أن العشرة فى كونها صداقا لا تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كما لو أضاف النكاح الى نصفها صح فى جميعها وأما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة واما باعتبار أنها برضاها بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه وقوله (ولا معتبر بانعدام التسمية) جواب عن قوله كانعدامه يعنى ليس هذا القياس صحيحا (لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير) فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضا بها لا محالة (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم) ووجبت المتعة عنده كما اذا لم يسم شيأ وقوله (ومن سمى مهرا عشرة) اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة و بالموت أما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع

من

و به يتأكد البدل و بالموت ينتهى النكاح نهايته والشئ بانتهائه يتقرر و يتأكد فيتقرر بجميع مواجبه (وان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى) لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما

الخ) هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة فان كان تزوجها على الدراهم التى هى نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما ستعرف (قوله وبه يتأكد البدل) أى يتأكد لزومه فانه كان قبل لازما لكن كان على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة (قوله والشئ بانتهائه يتقرر) لان انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة و يعلم من هذا الدليل أن موتها أيضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاق ولا خلاف للاوزاعى فى هذه سواء كانت حرة أو أمة (قوله وان طلقها قبل الدخول والخلوة) أى بعد ما سمى (فلها نصف المهر) ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق و يعود النصف الآخر الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المرأة فى النصف الا بقضاء أو رضا لان الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها فى النصف و فساد السبب فى الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى أن لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو أعتق الزوج الجارية أى الممهورة بعد الطلاق قبل الدخول وهى مقبوضة للمرأة نفذ عتقه فى نصفها عنده وعندنا لا ينفذ فى شئ منها ولو قضى القاضى بعد عتقها بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا أعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذى كان قبل الرد ولو أعتقتها المرأة قبل الطلاق نفذ فى الكل وكذا ان باعت أو وهبت لبقاء ملكها فى الكل قبل القضاء والتراضى عندنا واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطء فى حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج ببكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب الا نصف المهر عند أبى حنيفة وعند محمد يجب كماله واختلفت الرواية عن أبى يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع أبى حنيفة (قوله والاقيسة متعارضة) جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهى قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام فى المفروض أعطى حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمى بعد العقد الخالى عن التسمية فانه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز أن يعارضه القياس ان وجد وقد وجد وهو أن فى طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على

(قوله والاقيسة متعارضة) جواب سؤال وهو ان يقال ينبغى أن يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فينبغى أن يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم أقالا فاجاب عنه وقال ان ههنا قياسا آخر يقتضى وجوب كل البدل لان الطلاق يشبه الاعتاق و بيع ما اشترى لانه قاطع للملك ومنه له بتصرف ملك بالنكاح فهذا الوجه يوجب تأكد جميع البدل فعلم أن القياسين تعارضا ولا يقال القياسان اذا تعارضا يعمل باحدهما بشهادة القلب فكيف تركا ولا يقال أيضا النص مقدم على القياس (وقوله والاقيسة متعارضة) فكان المرجع فيه النص يوهم تقدم القياس عليه قلنا هذا النص دخل فيه الخصوص كما اذا سمى الخمر أو الخنزير واذا ثبت الخصوص كان القياس مقدما عليه فجاز ان يعارضه القياس وهو ان لا يجب عليه شئ الا ان القياسين لما تعارضا لم يثبت الخصوص فيما وراء المخصوص واذا لم يثبت الخصوص بالقياس يجب عليه نصف المسمى عملا بالنص (قوله ففيه تفويت الزوج الملك) بيان التعارض فالتفويت يقتضى وجوب كل المهر كالمشترى اذا أتلف المبيع قبل القبض (قوله وفيه عود المعقود عليه اليها سالما) يقتضى عدم وجوب شئ فى المهر كما فى الاقالة والفسخ بخيار رؤية أو شرط (قوله

الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية أن يهلك المبيع فى يد البائع وينفسخ العقد و بتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشترى وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتقبيل ابن الزوج أو الارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد وأما الموت فلان النكاح ينتهى به نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع (والشئ بانتهائه يتقرر و يتأكد فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه) الممكن تقررها لوجود المقتضى وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقررها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت و يحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح وأما الذى يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله (فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهو نص صريح فى الباب فيجب العمل به وقوله (والاقيسة متعارضة) جواب عما يقال ينبغى أن

(قال المصنف والاقيسة متعارضة) أقول مراده القياسات

يسقط كل البدل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب أن يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم تقايلا ولو وجهه أن الاقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشترى اذا أتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث من أوجه الاول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة والثاني أن التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث أن القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد بايهما شاء وأجيب عن الاول بان ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لاثبات الحكم بهما أو باحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لمخالفة كل منهما النص فصار كأنه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول فانا لو خلينا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك أحد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين

فكان المرجع فيه النص وشرط أن يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها

نفسه باختياره فكان كاعتاق المشترى العبد المبيع أو اتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى أو يقال هو رجوع المبدل اليها سالما فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شئ أصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن أن القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في أحدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السؤال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب أن لا يجب شئ باطل لانه حينئذ نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شئ وليس ينسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض بآخر يمنعه من الاخراج وتقريره لا على أنه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا أنه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص الا أن يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر (قوله وشرط) يعني القدوري في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول (أن يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا) في تأكد تمام المهر بها (قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ) الحاصل أن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء سكت عن المهر أو شرط نفيه أو سمى في العقد وشرط ردها مثله من جنسه وصورة هذا تزوجها على ألف على أن ترد اليه ألفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لان الالف بمقابلة مثلها في النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز وتنقسم الالف على مائة دينار ومهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفا مشروطا فيه التقابض وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على

ان دخل بها أو مات عنها) وكذلك ان ماتت المرأة

فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى وقوله (وشرط أن يكون قبل الخلوة) قد ظهر معناه مما تقدم قال (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا) للمفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها مهر المثل اذا دخل بها أو مات عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شئ في الموت وأكثر أصحابه على أنه يجب في الدخول له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا أن المهر

وهو جواب سؤال مقدر كأنه قيل من الاحكام الشرعية ما ثبت بالادلة الاربعة ومنها بثلاث منها ومنها باثنين فهل يجوز أن يثبت هذا الحكم بالقياس أيضا كما يثبت بالنص فاجاب بان الاقيسة متعارضة مع مخالفتها النص وقال أيضا فلا يمكن العمل بها فكان المرجع النص فقط فليتأمل هذا المحل (قوله لانه فوت ما ملكه الخ) أقول ان أراد أنه فوته عن نفسه فسلم ولكن لا يستقيم القياس باتلاف المبيع فان الواقع هنا ليس اتلاف البضع بل تسليمه الى صاحبه سالما وان أراد أنه أتلفه فقد عرفت حاله والاظهر جعل المقيس عليه اعتاق المبيع فليتأمل (قوله وفيه بحث من أوجه الاول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة) أقول أي لا وجود له شرعا بحيث يترتب عليه الآثار بان يعمل به ومورد السؤال ما يفهم من كلام المصنف من أنه لولا تعارض القياسين لعمل باحدهما وأنت خبير أن قوله فضلا عن الاقيسة محل بحث (قوله وأجيب عن الاول الخ) أقول المجيب صاحب النهاية (قوله غير ممكن لتعارضهما) أقول صورة (قوله أو لمخالفة كل منهما النص الخ) أقول هذا لا يدل عليه كلام المصنف (قوله هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار الخ) أقول وأحسن من هذا ما ذكره العلامة الزيلعي في شرح الكنز لو ثبت تخصيص النص بالمس والخلوة فراجعه (قوله للمفوضة الخ)

أو مات عنها وقال الشافعي لا يجب شئ في الموت وأكثرهم على أنه يجب في الدخول له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره

الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف أقل من عشرة يكمل لها عشرة ومن صور وجوبه أن يتزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا أن في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل أو أكثر صح أو دونه فلا الا أن ترضى واليها ان حكمت بمهر مثلها أو أقل جاز أو أكثر فلا الا أن يرضى والى الاجنبي ان حكم لها بمهر المثل جاز لا بالاقل الا أن ترضى ولا بالاكثر الا أن يرضى وكذا اذا تزوجها على ما في بطن جاريته أو أغنامه لا يصح بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية أن يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا في الحال والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كالخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرجه نخله وما يكسبه غلامه (قوله أو مات عنها) وكذا اذا ماتت هي فانه يجب أيضا مهر المثل لورثتها (قوله وقال الشافعي) يعني في قول عنه (لا يجب في الموت شئ) للمفوضة وهو قول مالك في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا (قوله وأكثرهم) أي أكثر أصحابه (قوله له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء) أي بعد التسمية ولا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة نفسها حسبها الميراث ولنا أن سائلا سأل عبد الله بن مسعود عنها في صورة موت الرجل فقال بعد شهر أقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمن نفسي وفي رواية فمن ابن أم عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله عنه بريئان أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الاشجعيين فقالا نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك هذا فسر ابن مسعود سرورا لم يسر مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه أصحابنا وروى الترمذي والنسائي وأبو داود هذا الحديث بلفظ أخصر وهو أن ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثله هذا لفظ أبي داود وله روايات أخر بالفاظ أخر قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح والذي روى من رد علي رضي الله عنه له فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوي الا أبا بكر الصديق ولم ير هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك وممن أنكر ثبوتها عنه الحافظ المنذري (قوله ولنا أن المهر وجب حقا للشرع) أي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمنا آنفا وانما صير حقها في حالة البقاء أي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق أخذه فتتمكن حينئذ من الابراء لمصادفته حقها دون نفيه ابتداء عن أن يجب

(قوله وأكثرهم) أي أكثر أصحاب الشافعي رحمه الله (قوله ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع) وذكر في المحيط وفي المهر حقوق ثلاثة حق الشرع وهو ان لا يكون أقل من عشرة وحق الاولياء وهو ان لا يكون أقل من مهر مثلها وحق المرأة وهو كونه ملكا لها غير ان حق الشرع وحق الاولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء (قوله فلها المتعة) لقوله تعالى ومتعوهن وانما قلنا ان هذه المتعة مخصوصة بهذه الصورة لسياق الآية وهو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن قيل أو بمعنى الواو أي وما لم تفرضوا

وجوبا حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي) لان الاصل أن يلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن

أقول قال الاتقاني المفوضة التي فوضت نفسها بلا مهر (قال المصنف له أن المهر خالص حقها الخ) أقول قال ابن الهمام لا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر اه فيه تأمل (قوله أن الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن) أقول قال القرطبي في تفسيره ان لفظة ما موصولة في قوله تعالى ما لم تمسوهن

أوتفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هى المهر أى لا جناح عليكم فى الطلاق فى الوقت الذى لم يحصل المساس وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه أيضا وذكر بكلمة على (وهذه المتعة واجبة) عندنا (رجوعا الى الامر) وغيره (وفيه خلاف مالك) فانها عنده مستحبة فى جميع الصور لان الله تعالى سماها احسانا بقوله تعالى حقا على المحسنين وأجيب بان ذلك مصروف الى التى لها مهر أو نصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد لقوله تعالى متعوا والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف الى المستحب والاولى أن يقال الامر وكلمة على فى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة على فى قوله على المحسنين كلها تقتضى الوجوب وتأكيده فاما أن تبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان أو تؤوله لا أرى تعدل عن التأويل فتؤول بان معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله أعلم (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهى درع وملحفة وخمار) فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم (وهذا التقدير) أى تقدير العدد

الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) وهى درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخى فى المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره

(قوله ثم هذه المتعة) أى متعة المطلقة قبل الدخول التى لم يفرض لها مهر فى العقد (واجبة) عندنا وعند الشافعى وأحمد وخصها احترازا عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا لمن سنذكر وقوله (رجوعا الى الامر) هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة أى ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والمسيس بخلاف المدخول بها فان المتعة مستحبة لها فرض لها أولا (قوله وفيه خلاف مالك) فمذهبه استحباب المتعة فى هذه الصورة وغيرها من الصور الا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض الا أن تجىء الفرقة من جهتها فى جميع الصور ووجه قوله تعليقه بالمحسن أعنى الامر المذكور لقوله سبحانه عقيبه حقا على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك قرينة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع قصر المحسن على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضا فلا ينافى الوجوب فلا يكون صارفا للامر عن الوجوب مع ما انضم اليه من لفظ حقا وعلى (قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهى درع وخمار وملحفة) قدر بها لانها اللبس الوسط لانها تصلى وتخرج غالبا فيها وفى المبسوط أدنى المتعة درع وخمار وملحفة (وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس) ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبى وحيث قدر وها به مع فهم

(قوله ثم هذه المتعة واجبة) قوله هذه احتراز عن المتعة المستحبة وهى فيما اذا طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا (قوله وفيه خلاف مالك رحمة الله تعالى عليه) فعنده مستحبة لان الله تعالى قال حقا على المحسنين والمحسن اسم للمتطوع قلنا قد فسر الاحسان بالايمان (قوله ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) على قدر فقر الرجل ويساره وهى درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مأثور عن ابن عباس رضى الله عنه وقالوا فى ديارهم فاما فى ديارنا فينبغى ان يجب أكثر من ذلك لان متعتها ان يكون ثياب بدنها عادة والنساء فى ديارنا يلبسن أكثر من ثلاثة أثواب فيزاد على ذلك ازار ومكعب وكان الكرخى رحمه الله يقول المعتبر فى المتعة المستحبة حال الرجل

(مروى عن عائشة وابن عباس) وذلك لان المرأة تصلى فى ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها كذلك وقوله (لقيامها مقام مهر المثل) قال فى النهاية كان من حقه أن يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب فى صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنفس مهر المثل فى اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل أو نصفه وفى مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما أقام مقامه وقوله (والصحيح أنه يعتبر حاله) هو اختيار أبى بكر الرازى (عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره) أى على الغنى بقدر حاله

(قوله وهو على الوجوب) أقول قوله هو راجع الى الامر يعنى ان أمره على الوجوب (قوله لان الله تعالى سماها احسانا الخ) أقول والاحسان هو التطوع (قوله وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد الخ) أقول فيه ان للمجيب أن يقول المصروف الى التى لها مهر أو نصفه هو قوله تعالى حقا على المحسنين فقوله تعالى حقا مصدر مؤكد أى حق حقا فالمراد من ضمير حق تمتيع من سمى لها مهر لدفع التعارض ولا يتوجه عليه أن متاعا مصدر الخ (قوله ويزيدون على ذلك احسانا منهم) أقول فيه بحث فانه يوهم أن لا يجب على غير من يفعل ذلك وليس كذلك والاحسن أن يقال المراد الذين يحسنون الى أنفسهم بالمسارعة الى الامتثال أو الى المطلقات بالتمتيع وسماهم محسنين للمشارفة ترغيبا وتحريضا كذا فى تفسير القاضى وقد ذكر العلماء غير ذلك أيضا (قال المصنف والمتعة ثلاثة أثواب الى قوله مروى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهما) أقول تقييد اطلاق الآية لا يكون الا بالخبر المشهور ولا أقل فليتأمل (قوله قال فى النهاية الى قوله فكذا فيما أقام مقامه) أقول الى هنا كلام النهاية

(وعلى المقتر) أى على الفقير المقل بقدر حاله * ثم المتعة اما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أولا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلى ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا تزاد على نصف مهر المثل وان لم تكن فاما ان تكون مساوية له أولا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم تكن فاما أن تكون أقل من خمسة دراهم أولا فان كانت

وعلى المقتر قدره ثم هى لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك فى الاصل (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهى لها ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) وعلى قول أبى يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعى لانه مفروض فيتنصف بالنص

اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لا يقال فى اعطاء الدراهم بل فيما سواها من الاثاث والامتعة وهو المتبادر الى الفهم أيضا فلا تقدر بالدراهم وان لم يمتنع أن يقع على الدراهم أيضا لان الشأن فى المتبادر من اللفظ وعن الشافعى تقديرها بثلاثين ولا باجتهاد الحاكم وانما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لان الاثواب معتبرة بحالهما على ما هو الاشبه بالفقه لان فى اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس وقيل يعتبر حالها وهو الذى يشير اليه قول القدورى من كسوة مثلها وهو قول الكرخى لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فانها انما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا فى خلفه وهكذا فى النفقة والكسوة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم واطلاق الذخيرة كونها وسطا لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأيا من الثلاثة الاعتبار بحاله أو حالها أو حالهما وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال ان هذا يناقض قولهم ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الاقل الا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة وهذا كله نص الاصل والمبسوط وهو صريح فى اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو العوض الاصلى لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى المتعة خلفا عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لان أقل المهر عشرة ومنع الشافعى اعتبار المتعة بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك أجيب بان النكاح الذى فيه التسمية بالمال أقوى من نكاح لا تسمية فيه وفى الاقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذا فى النكاح الذى لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ثم لا تجب المتعة الا اذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والايلاء واللعان والجب والعنة وردته واباته وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة وان جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها واباتها الاسلام وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة بسبب مجىء الفرقة من قبلها لا تستحب لها أيضا لجنايتها ومقتضى هذا أن لا تستحب فى خيارها فينبغى أن يقال لجنايتها أو رضاها به واستحباب المتعة لا يحاشها بالطلاق وكذا لو فسخه بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحة أو باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وفى كل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها وفى كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة (قوله وعلى قول أبى يوسف الاول) اشارة الى أن قوله الآخر كقولهما (قوله فيتنصف بالنص) يعنى قوله تعالى فنصف ما فرضتم فانه يتناول

وفى المتعة الواجبة يعتبر حالها لانها خلف عن مهر المثل وفى مهر المثل يعتبر حالها فكذا فى خلفه والصحيح انه يعتبر حاله لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره أى على الغنى بقدر ماله وعلى المقل بقدر ماله ثم لا يزاد

فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلفه ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة دراهم وان لم تكن فلها المتعة بالنص فان قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل فقيها تقييد له وهو نسخ فالجواب أن قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم دل على أن المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية فى مهر من يعتبر فى مهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام لا مهر أقل من عشرة دراهم فكان معارضا لآية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتامل ان كان القواعد الاصولية على ذكر منك (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية مهر فهى لها ان دخل بها أو مات عنها) بالاتفاق (وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول أبى يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعى لانه مفروض) والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم

(قوله ولكن تعذر تنصيفه لجهالته الخ) أقول فيه بحث فانه اذا تعذر تنصيفه للجهالة كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو أو ناقص فان ذلك فرع معلومية النصف ثم كيف يصار الى خلفه وقد علم وزالت الجهالة قبل المصير الى الخلف فهذا خلف (قوله فالجواب أن قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم الى قوله فكان معارضا لآية المتعة) أقول فيه بحث فان الاشارة لا تعارض العبارة ولو سلم فلم لا يجوز أن يكون ايجابه المتعة المقدرة بما قدر بيانا لذلك المقدر المجمل فى خصوص المفوضة والتى شرط فى نكاحها أن لا مهر لها اذا طلقت قبل

ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف قال (وان زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة) خلافا لزفر وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى (و) اذا صحت الزيادة (تسقط بالطلاق قبل الدخول) وعلى

(ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل) اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا أما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية وأما المفروض فبحكم التسمية وكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زادها شيئا فانهما يلزمان على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض وكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف (فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا) يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم (الفرض في العقد) لانه هو المتعارف وقوله (وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر) فانه يقول

ما فرض في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي فان لها أن ترفعه الى القاضي ليفرض لها اذا لم يكن فرض لها في العقد (قوله أن هذا الفرض تعيين لمهر المثل) وذلك لان هذا العقد حين انعقد كان موجبا لمهر المثل لان ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه ثبوت اللازم فاذا كان الثابت به لزوم مهر المثل لا يتنصف اجماعا فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف في النص أعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حينئذ حمله على المفروض في العقد بالضرورة لانا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وان الاجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة أن المتنصف بالنص ما فرض في العقد على أن المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجبه في العقد فيقيد لذلك نص ما فرضتم به ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد وهذا من المصنف تقييد بالعرف العملي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال أو هو عرف عملي ولا يصلح مقيدا للفظ وقدمنا أن الحق التقييد به وفي الغاية والدراية لا يتناول غيره أي غير المفروض في العقد اذ المطلق لا عموم له وليس بشئ لان المطلق هو المتعرض لمجرد الذات فيتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي عليه لو رافعته ليفرض لها فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض لتعيين كميته لم يمكن دفعه وهو لا يتنصف اجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده *(فرع)* لو عقد بدون التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا أن المفروض بعده تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان مسمى في العقد ثم باعها به الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق (قوله لزمته الزيادة خلافا لزفر) والشافعي لانها لو صحت بعد العقد لزم كون الشئ بدل ملكه قلنا اللزوم منتف على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فانه يتناول ما تراضيا على الحاقه واسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على ألف فان قبلت لزمت والا فلا لان هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم ويناسب هذه مسئلة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية باكثر منه ان اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر

الدخول والخلوة الصحيحة ولو سلم فلا دلالة في التي تلاها على عموم الاحوال والازمان فيتأتى التوفيق بحمل آية المتعة على حال الطلاق قبل الدخول فيما لم يسم فيه مهر على ما هو صريح الآية وما تلاه على ما عداه وعليك بالتامل فان للكلام مجالا (قوله أما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد) أقول لم لا يجوز أن يكون تأكد وجوبه موقوفا على عدم التسمية بعد العقد فاذا تراضيا على تسمية المهر لا يبقى مهر المثل واجبا فليتامل فانه يقال

على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم لان المتعة وجبت عوضا عن البضع وكل العوض لا يجوز ان يكون أقل من عشرة فنصف العوض لا يجوز أيضا ان يكون أقل من خمسة وذكر في شرح الطحاوي والمتعة ثلاثة أثواب على اعتبار حالها فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم (قوله تعيين للواجب) وهذا لان الواجب الاصلي في النكاح مهر المثل والتسمية بعد العقد تعيين لقدر ذلك الواجب ولهذا اكتفى بهذا المسمى اذا دخل بها أو مات عنها فلو كان المسمى بعد العقد غير ما وجب بالعقد لوجب عليه المسمى ومهر المثل أيضا واذا قامت التسمية مقام مهر المثل ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما قام مقامه (قوله والمراد بما تلى الفرض في العقد) هو جواب عما يقال قولكم مهر المثل لم يتنصف فكذا ما نزل منزلته هذا عمل بالرأي على مخالفة النص فاجاب بان المراد بالنص المفروض في العقد لا بعده فلم يكن هذا الرأي مخالفا للنص وانما لم يتنصف المتعة لان التنصيف ثبت بخلاف القياس

قول

قول أبي يوسف أولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر (وان حطت عنه من مهرها صح الحط) لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء (واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعي لها نصف المهر

الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا ووعد المصنف أن يذكره في باب زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه في ذلك وقوله (لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد) يعني بناء على ما ذكره أنه ينصرف الى المتعارف (وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه) عملا بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله (على ما مر) يعني في المسئلة المتقدمة قال (واذا خلا الزوج بامرأته) هذا بيان أن الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي فانه يقول لها نصف المهر

السر وان اختلفا فادعى الزوج المواضعة وانكرت فالقول لها هذا ان اتحد الجنس فان اختلف فانه ينعقد بمهر المثل ولو عقدا في السر بالف وأظهرا ألفين فكذلك ان اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر وان اختلف فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية الا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن مهرها السر وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا في السر بالف ثم عقدا في العلانية بالفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالسر وان لم يشهدا قال الصدر الشهيد عند أبي حنيفة المهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضي الامام أبا يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع أبي حنيفة قال لو تزوج امرأة بالف ثم جدد النكاح بالفي درهم اختلفوا فيه ذكر خواهرزاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا تلزم الالف الثانية وعلى قول أبي يوسف تلزمه الالف الثانية وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وفي شرح الطحاوي لو تزوجها على ألف ثم ألفين لا يثبت الثاني خلافا لابي يوسف وعلل عدم الثبوت بانهما قصدا اثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على أن قول أبي حنيفة عدم الثاني وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي للشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوجها في العلانية بالفين فمهرها ألفا درهم ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف المهر هو الاول وهذا هو ظاهر المنصوص في الاصل وعليه مشى شمس الائمة أن عند أبي حنيفة المهر مهر العلانية قال في المبسوط اذا توافقا في السر بالف وأشهدا أنهما يجددان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمياه فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي أشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا عند أبي حنيفة فاما عند أبي يوسف ومحمد المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه أيضا من الزيادة يلغو وعند أبي حنيفة العقد الثاني ان كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر منه سنا هذا ابني لما الغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعنده وان الغا صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق اهـ كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله أشار في الكتاب الى أن المهر مهر العلانية هو والله أعلم باطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه اذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية باكثر منه يؤخذ بالعلانية فالتسميع في العلانية يشمل ما اذا أشهدا على أن العلانية هزل لغير مقصود واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسميع ليس في ضمن عقد بل بمجرد اظهاره على ما هو عكس أول صور المواضعة ونبهنا عليه أو في ضمنه فما أخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا أشهدا على هزلية الثاني أو اعترفا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان مرادا قطعا وظاهر هذا أنه لا خلاف فيه بينهم ولهذا والله سبحانه أعلم ذكر عصام أن عليه ألفين ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه أنه ذكر في كتاب الاقرار أنه لا تثبت الزيادة فاذا حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبي حنيفة البتة لانه وضع الاصل لافادة قوله وكان القاضي الامام قاضيخان انما أفتى بانه لا يجب بالعقد الثاني شئ الا اذا عني به الزيادة في المهر لما علم أن علة اعتبار العلانية فيما اذا جددا ولم يشهدا كونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان ذلك يقتضي أن يسال الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان

اصالة مهر المثل تعينه الا أن ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الاصالة للمسمى كما سيجئ بعد ثلاث ورقات (قوله وقوله لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض الخ) أقول فيه تامل فان المانع من التنصيف وهو القيام مقام مهر المثل غير موجود هنا والمقتضي وهو الالتحاق باصل العقد موجود لكنهما يقولان المقتضي هو التسمية عند العقد وفيه بحث

عند وجود المسمى في العقد فيبقى ما وراءه على أصل القياس (قوله واذا خلا الرجل بامرأته ثم طلقها فلها

لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها فى البدل اعتبارا بالبيع

الثابت شرعا جواز الزيادة فى المهر والكلام الثانى يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه بل يجب أنه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك نعم و يخال أيضا أنه يجب الالفان مع الالف السر فيجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض له كون الثانى زيادة فيجب بكماله مع الاول ومن ثم ذكر فى الدراية عن شرح الاسبيجابى جدد على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبى حنيفة وعندهما لا تثبت الثانية وكذا لو راجع المطلقة بألف وفى النوازل عن الفقيه أبى الليث اذا جدد يجب كلا المهرين ووجه من نقل لزوم الثانى فقط اعتبار ارادة الاول فى ضمن الكلام الثانى لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثانى والذى يظهر من الجمع بين كلام القاضى والاطلاق المتظافر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه اذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضى لزومه عند الله فى نفس الامر ولا شك انما يلزم عند الله تعالى اذا قصدا الزيادة فأما اذا لم يقصدا حتى كانا هازلين فى نفس الامر فلا يلزم عند الله شئ حتى لا يطالب به فى القيامة و يلزم ذلك فى حكم القاضى لانه يؤاخذه بظاهر لفظه الا أن يشهدا على خلافه وما قيل من أنه لا يجب المهر الثانى الا اذا كانت قالت لا أرضى بالمهر الاول أو أبرأته ثم قالت لا أقيم معك بدون مهر فأما اذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثانى قريب من قول القاضى وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول أنه هل يكون وجوب الثانى على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد اذ قد يخال كون الزيادة تستدعى قيام المزيد عليه و بالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثانى زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعى دخوله فى الوجود لا بقاءه الى وقت الزيادة فصلح منشأ للخلاف فى ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق وفى الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم ان زوجها أشهد أن لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه والمختار عند الفقيه أبى الليث أن اقراره جائز اذا قبلت ووجهه فى التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زادها فى المهر وانما شرطنا القبول لان الزيادة فى المهر لا تصح الا بقبول المرأة اه والخلاف المشار اليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذى قبله لانه فى صورة هبتها المهر والقيد وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن أبى حنيفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا وعقدا ثانيا بأكثر مما يفيد اجتماعهما على الامر الثانى وذلك يفيد قبولها الثانى بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك (قوله لان المعقود عليه) وهو منافع بضعها (انما يصير مستوفى بالوطء) ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء فلا يجب كمال المهر قبله (قوله ولنا أنها سلمت المبدل الخ) يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم (قوله اعتبارا بالبيع) والاجارة يعنى أن الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشترى والمستأجر منفعة أصلا فكذا فى المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى وأما قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيه متحتم لانه ان حمل المس على الوطء كما يقول فهو من اطلاق اسم السبب على المسبب والاوجه انه من اطلاق اسم المطلق على أخص خصوصه وان حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن و يرجح الثانى بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة أو نظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل رواه الدارقطنى والشيخ أبو بكر الرازى فى أحكامه وقد

كمال مهرها وقال الشافعى رحمه الله لها نصف المهر) لانه طلاق قبل المس فيتنصف بالنص ولنا قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض نهى عن استرداد شئ من الصداق بعد الخلوة اذ الافضاء عبارة

(لان المعقود عليه) وهو منافع البضع (انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه) لان التأكد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطء ولم يوجد (ولنا أنها سلمت) وتقريره أن الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها فى البدل كما فى البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشترى وأما ما ذكر أن المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس فى قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك

(وان

(وان كان أحدهما مريضا أو صائما فى رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة) حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور

يقال يجب أن لا يعتبر هنا خلاف الاول مجاز الا بجاز يعم الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها والالزم أنه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة والفرض أن المراد بالمس فى النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بأن ثبوت الكمال فى الصورة المذكورة بالاجماع لا للاجماع على أنه حينئذ تسليم المبدل مع ادعاء الاجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقله الشيخ أبو بكر الرازى فى أحكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الاول وحكى الطحاوى فيه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر وعلى وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم أجمعين و يوافقه قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض أوجب جميع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول فى الفضاء قاله الفراء وحينئذ فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذى هو معنى النص مخصوصا أخرج منه الصورة التى أوردناها والدليل على وجود المخصص الاجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزوج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة (قوله وان كان أحدهما مريضا) شروع فى بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوى فيه جامعة قال الخلوة الصحيحة أن يخلو بها فى مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الاعظم والسطح الذى ليس على جوانبه سترة وكذا اذا كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام انسان يطلع عليهما يراهما وأن لا يكون مانع من الوطء حسا ولا طبعا ولا شرعا اه ومن فصل الموانع ذكر منها الرتق والقرن والعفل وأن تكون شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع أو هو صغير لا يقدر عليه وقال بعضهم ان كان يشتهى وتتحرك آلته ينبغى أن يجب عليه كمال المهر واذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين أن يكون بصيرا أو أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ و يتناوم فان كان صغيرا لا يعقل أو مجنونا أو مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الاخرى مانعة اليه رجع محمد والجوارى لا تمنع وفى جوامع الفقه جاريتها تمنع بخلاف جاريته وفى شرح المجمع فى أمته روايتان والكلب العقور مانع وغير العقور ان كان لها منع أوله لا يمنع وعندى أن كلبه لا يمنع وان كان عقورا لان الكلب قط لا يعتدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها الى مكان خال فهى صحيحة ولا تصح الخلوة فى المسجد والحمام وقال شداد ان كانت ظلمة شديدة صحت لانها كالساتر وعلى قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له اذا كانت ظلمة شديدة والاوجه أن لا تصح لان المانع الاحساس ولا يختص بالبصر ألا ترى الى الامتناع لوجود الاعمى ولا ابصار للاحساس ولا تصح فى بستان ليس له باب وتصح فى محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وان كان نهارا والحجلة والقبة كذلك ولو كانا فى مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلقه والناس قعود فى وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وان كانوا مترصدين لا تصح وهذه الموانع من قبيل الحسى ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبى الليث وتصح عند الفقيه أبى بكر وكذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه هى تصح *(فرعان)* الاول لو قال ان خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت و يجب نصف المهر الثانى للزوج أن يدخل بزوجته اذا كانت تطيق الجماع من غير

عن الخلوة ومنه سمى المكان الخالى فضاء والمس ليس بوطء حقيقة وانما حمله على الوطء لانه سببه فأطلق اسم السبب على المسبب وحملناه على الخلوة لانه لا يمس امرأته عادة الا فى الخلوة فكان اطلاق اسم الملزوم على اللازم أو اسم السبب على المسبب اذ الخلوة الصحيحة سبب المس ظاهرا وما ذكرنا أولى لتأييده بالنص وبقوله

وقوله (وان كان أحدهما مريضا) بيان لما يكون مانعا من الخلوة حسيا كان أو شرعيا وقوله (وقيل مرضه) حاصله أن المرض فى جانبها يتنوع بلا خلاف وأما المرض من جانبه فقد قيل انه أيضا يتنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع أنواعه فى ذلك على السواء قال الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قاله المصنف مرضه (لا يعرى عن تكسر وفتور)

وهــذا التفصيل فى مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا (وان كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله) لانه يباح له الافطار من غير عذر فى رواية المنتقى وهــذا القول فى المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنــذور كالتطوع فى رواية لانه لا كفارة فيه والصلاة بمــنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله (واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبى حنيفة وقالا عليه نصف المهر) لانه أعجز من المريض بخــلاف العنين لان الحـكم أدير على سلامة الآلة ولابى حنيفة أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق وقد أتت به قال

تقدير وقد قدر بالبلوغ وبالتسع * واعــلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء فى حق بعض الاحكام تأكــد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى مدة العــدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموهــا مقامه فى الاحصان وحلها للاول والرجعة والميراث وحرمة البنات يعنى اذا خلا بالمطلقة الرجعيــة لا يصير مراجعا واذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت فى العــدة للاحتياط الواجب فى هذه الاحكام وفى شرح الشافى ذكر تزوج البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما فى حق وقوع طلاق آخر ففيــه روايتان والاشــبه وقوعــه لان الاحكام لما اختلفت فى هــذا الباب وجب أن يقع احتياطا (قوله وهذا التفصيل فى مرضها) قال الصدر الشهيد وهو الصحيح (قوله وهذا القول) أى رواية المنتقى فى حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها أما فى حق جواز الافطار فالصحيح غيرها وهو أنه لا يباح الا بعــذر وقد قدمنا فى كتاب الصوم بحثا أن رواية المنتقى فى جواز الافطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبى حنيفة أنه يمنع لانه يمنعها الجماع ويجعله آثما لما فيه من ابطال العمل (قوله أدير على سلامة الآلة) يعطى أن خلوة الخصى صحيحة وهو كذلك بالاتفاق

عليه الســلام من كشف خمار امرأته ثم طلقها وجب عليه المهر كاملا وقد حكى الطحاوى رحمه الله اجماع الصحابة فى هذه المسئلة وعن الخلفاء الراشدين ان من أغلق بابا على امرأته أو أرخى ســترا ثم طلقها وجب لها الصداق كاملا (قوله وهذا التفصيل فى مرضها) وفى الذخيرة والحاصــل أن المرض فى جانبها ممنوع بلا خلاف وأما المرض من جانبه فقد قيل انه أيضا ممنوع وقيــل انه غير ممنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع أنواعه فى ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمه الله هو الصحيح (قوله وهذا القول فى حق المهر هو الصحيح) لان فى العمل بهذه الرواية رعاية حق المرأة وفى العمل بالرواية الاخرى رعاية حق الله تعالى وحق العبــد مقدم على حق الله تعالى لاحتياجه وغنى الله تعالى حتى قلنا باباحة الافطار حتى لا يمنع صحة الخلوة وفى الفتوى لا يباح فان قيل ينبغى ان لا يلزم كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما فى قضاء رمضان قلنا لزوم القضاء فى التطوع عنــدنا ضرورة صيانة المؤدى عن البطــلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فيظهر ذلك فى حق الصائم خاصة بالقضاء فلا يعدو الى غيره حتى تفســد الخلوة بخلاف صوم قضاء رمضان فانه فرض مطلق فكان أثره عاما وفى الذخيرة الاحكام التى أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء تأكد جميع المسمى ان كان فى العقد تسمية وتأكد مهر المثل ان لم يكن فى العقد تسمية وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة والسكنى فى هذه العدة وحرمة نكاح أختها ما دامت العــدة قائمة وحرمة نكاح أربع سواها وحرمة نكاح الامة عليها على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فى حرمة نكاح

وقوله (وان كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار) اعترض عليه بانه ينبغى أن لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما فى قضاء رمضان وأجيب بان لزوم القضاء فى التطوع عنــدنا ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعدو الى افساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان أثره عاما وقوله (وهذا القول فى المهر هو الصحيح) أى الاخذ برواية المنتقى فى حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح وأما فى حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو أنه لا يباح الافطار بغير عذر وحاصله أن المأخوذ فى حق كمال المهر رواية المنتقى وفى حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبى حنيفــة وهى أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنعــه عن الوطء شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤثم وقوله (واذا خلا المجبوب) المجبوب هو الذى استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب (بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عنــد أبى حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه أعجز من المريض) لوجود آلة الجماع فى المريض وقد يجامع بخــلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب أولى (بخلاف العنين) فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجودا سبب الى الوطء اذ الاصل السلامة فى الوصف أيضا فيــدار الحــكم عليه (ولابى حنيفة أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق) لانه وسع مثلها فى هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم (وعليها

(قوله وقوله وهذا القول فى المهر هو الصحيح الى قوله دفعا للضرر عنها هو الصحيح أما فى حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو أنه لا يباح الافطار من غير عذر) أقول لعل هذا يجعل عذرا فى اباحة الافطار فليتأمل فى هذا المقام فانه لا يخلو عن الكلام

(وعليها العدة فى جميع هــذه المسائل) احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فــلا يصدق فى ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط فى ايجابه وذكر القدورى فى شرحــه أن المانع ان كان شرعيا كالصوم والحيض تجب العــدة لثبوت التمــكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعــدام التمكن حقيقة قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا)

(قوله والعدة واجبة فى جميع هذه المسائل) أى عنــد صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا الى التمكن الحقيقى وكذا فى المجبوب لقيام احتمال الشغــل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبى سليمان وذكر التمرتاشى ان عــلم أنه ينزل يثبت وان علم بخلافه فلا وعليها العــدة والاول أحسن وعلم القاضى بانه ينزل أولا ربما يتعذر أو يتعسر قال العتابى تكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا أو حقيقة فقيل لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء وقوله (والعدة حق الشرع) ولذا لا تسقط لو أسقطاها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد (والولد) أى وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره فلا يصدقان فى ابطالها باتفاقهما على عدم الوطء (بخــلاف المهر لانه مال فلا يحتاط فى ايجابه) غير أن فى وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا (قوله وذكر القدورى فى شرحه) لمختصر الكرخى (أن المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة) فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقــين لعدم الشغل وما قاله قال به التمرتاشى وقاضيخان ويؤيده ما ذكر العتابى الا أن الاوجه على هــذا أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة فى غيرهما واعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلوة انما هو فى النكاح الصحيح أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول (قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول وقــد سمى لها مهرا) وفى كل من

الامة على الحرة فى العدة عن طلاق بائن ومراعاة وقت وقوع الطــلاق فى حقها وأما الاحكام التى ما أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء فالاحصان حــتى لا يصير محصنا بالخلوة وحرمة البنات والاحلال للزوج الاول والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهى فى العدة لا ترث وأما وقوع طلاق آخر فى هذه العدة فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو أقرب الى الصواب لان الاحكام لما اختلفت فى هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطا ثم هــذا الطلاق يكون رجعيا أو بائنا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أنه يكون بائنا والعــدة حق الشرع والولد حتى لا يصير الولد هالكا (قوله وعليها العدة فى جميع هذه المسائل) أى عنــد صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل مع تحقق هذه الموانع نظرا الى التمكن الحقيقى والعدة تجب حقا للشرع والولد لصيانة الولد عن الاشتباه ولو أذن لها الزوج لا يحل لها الخروج فيحتاط فيها اذا وقع الشك فى الوجوب ولا تصدق فى ابطال حقهما بخلاف المهر لان المال لا يجب بالشك فلا يجب اذا لم تصح الخلوة فان قيل التوهم معدوم فى فصل الجب قلنا شغل رحمها بمائه موهوم بالسحق ولهذا ثبت النسب اذا جاءت بولد على رواية أبى سليمان فتوهم الشغل بالسحق يوجب العدة وانتفاؤه لعدم الوطء حقيقة يمنع فيجب احتياطا (قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا) وهنا اشكال فى الاستثناء وفى الصدر أما فى الاستثناء فلان حكم المستثنى لا بد أن يكون مخالفا للمستثنى منــه ولم يوجد اذ الاستحباب ثابت فى المستثنى كما فى المستثنى منــه فقد ذكر فى المبسوط والمحيط والحصر والمختلف ان المتعــة تستحب للتى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وأما فى الصدر فلان المتعة تجب للتى طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا كما مر قبــل هــذا ويجاب عن الاول بانه اتبع القدورى وهو قد ذكر فى شرحه ان المتعــة

(وعليها العدة فى جميع هذه المسائل) يعــنى فيما اذا كانت الخــلوة صحيحة أو فاسدة (احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد) أما أنها حق الشرع فيدل عليه أن الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجرى فيها وحق العبد لا يتداخل وأما أنها حق الولد فلقوله عليــه الصلاة السـلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه (فلا يصدق) المرأة (فى ابطال حق الغير) بقولها لم يطأنى وقيل معناه فلا يصدق الزوج فى ابطال حقها بقوله لم أطأها (بخلاف المهر) فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة (لانه مال لا يحتاط فى ايجابه) (قوله وذكر القدورى فى شرحه) أى شرح مختصر الكرخى وكلامه واضح قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

(قوله فلا يصدق الزوج فى ابطال حقها بقوله الخ) أقول فيــه أنه لا يناسب القياس والاظهر عنــدى فلا يصدق واحد منهما فى ابطال حق الغير وهو الشرع والولد

وقال الشافعى تجب لكل مطلقة الا هذه) التركيب على هذا الوجه هو الذى وقع فى النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضى أن لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها الدخولها فى قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة و يقتضى أن لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها فى المبسوط والمحيط والحصر و زاد الفقهاء و جامع الاسبيجابى و يقتضى أن لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعى لانه استثناها من الوجوب وذكر فى الحصر أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضا واذا عرفت هذا فاعلم أن معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التى ذكرناها من قبل الا المطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج الخ وهو اختيار القدورى فانه ذكر فى شرحه أن (٢٢٠) المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة للتى طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة وأما الشافعى فله فى المستثناة قولان فى قوله القديم تجب وهو الذى ذكره صاحب الحصر وفى الجديد لا تجب وهو الذى ذكره فى الكتاب وهو أصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما أن تكون ملموسة أولا فان لم تكن فاما أن يكون مهرها مسمى أولا فان لم يكن فهى التى وجبت لها المتعة وان كان فهى المستثناة التى لا تستحب لها المتعة وان كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى أولم يكن تستحب لها المتعة وعند الشافعى هى تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له فى الكتاب بقوله (لانها وجبت) وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج

وقال الشافعى تجب لكل مطلقة الا هذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه أوحشها بالفراق الا أن فى هذه الصورة نصف المهر طريقه المتعة لان الطلاق فسخ فى هذه الحالة والمتعة لا تتكرر

الصدر والاستثناء اشكال أما الاول فان المطلقة قبل الدخول التى لم يسم لها مهرا داخلة فى عمومه والمتعة واجبة لها وأما الثانى فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر فى المبسوط والمحيط والمختلف والحصر أن المتعة تستحب لها وأجيب عن الاول أن الاستحباب مستعمل فى أعم من الوجوب يعنى انه بالمعنى اللغوى أو هو عام مخصوص بالصورة السابقة وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها فكأنه قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الثانى أنه قول القدورى تبعه فيه وفى بعض مشكلات القدورى المتعة أربعة أقسام واجبة وهى ما تقدم ومستحبة وهى التى طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهى التى طلقها بعد الدخول وقد سمى لها المهر والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهى التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا لان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح أن هنا تغييرا وقع من الكاتب فذكر بعضهم أن فى بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل فى الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد (قوله وقال الشافعى رحمه الله تجب لكل مطلقة الا هذه) وعن أحمد رواية كقوله و رواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعى أنها فى المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص وأما فى المدخول بها فلأن وجوب المتعة الواجبة فى صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس فى مقابلته بل فى مقابلة البضع فتجب دفعا للايحاش وأما التى لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر الثابت لها بقوله تعالى

لا تستحب للتى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا ولانه من نفى الاستحباب أراد الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الفراق وهو معدوم فى المستثنى لان نصف المهر يجب بطريق المتعة اذ الطلاق فسخ فى هذه الحالة فقد حصل الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الطلاق بنصف المهر ومن أثبته أراد به الاحسان الى من عجز عن التكسب وذا مندوب فظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه وعن الثانى بانه أجرى لفظ الاستحباب على العموم وأراد به حقيقة فى البعض وهى التى طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا والمجاز أى الوجوب فى البعض وهى التى طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا اذ فى الوجوب استحباب و زيادة وهذا واضح عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل أو يقال أراد بقوله لكل مطلقة غير التى تجب لها المتعة لانه بين حكمها سابقا فدل سبق ذكرها على أنه أراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار فى البعض أو التناقض وذكر الامام بدر الدين الكردرى رحمه الله وحاصله أن المطلقات أربعة مطلقة قبل الدخول بلا تسمية وهى التى تجب لها المتعة ومطلقة بعد الدخول وقد سمى لها مهرا ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهرا فتستحب المتعة لهما ومطلقة قبل الدخول مع التسمية وهى التى

لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب لكل من أوحشت به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها أوحشت بالفراق (الا أن فى هذه الصورة) يعنى المستثناة (نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ) معنى (فى هذه الحالة) لعود ما لها اليها سالما وذلك يقتضى سقوط المهر كله كما فى فسخ البيع لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة (والمتعة لا تتكرر) فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر فى مسئلتين احداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانها وجبت صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية أن المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد

ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوضة) لوجود حد الخلف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول و وجبت المتعة والحال أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم على ما عرف فى الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا يعنى بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شئ مضافا الى سبب ذلك الشئ كالتيمم مع الوضوء فثبت أنها خلف (والخلف لا يجامع الاصل) فالمتعة لا تجامع مهر المثل (ولا شيا) متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله * واعلم أنه قيل فى توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية و بقوله شيأ منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول و بعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا (٢٢١) المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس فى ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب أن يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيا منه المسمى و بعضه و من هى من المتصلة كما فى قوله تعالى والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض أى بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا يجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجامع شيا متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول و بعضه قبله و يكون قوله ولا شيا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لا أنه من نتيجته لانه لم يذكر فى مقدماته لكنه لما كان متصلا به ألحق بحكمه ومعنى الاتصال بين

ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيا منه فلا تجب مع وجوب شئ من المهر وهو غير جان فى الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل

وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم بطريق المتعة أى بطريق ايجاب المتعة فى غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى والا تكررت وقوله فسخ مجاز لانه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق لكنه كالفسخ من جهة أنه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكر على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ ثم يجب بطريق المتعة مخالفا القول المحققين انه يبقى نصف المهر و يسقط نصفه بالنص وله أيضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص فنصف ما فرضتم جعله تمام حكمها و به يعمل قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها العقلية أن نصف مهرها بطريق المتعة (قوله ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوضة) بكسر الواو والمشددة وقع به السماع لانها مفوضة أمر نفسها الوليها والزوج و يجوز فتحها أى فوضها وليها الزوج وهى التى زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب فى الاصل وهى المفوضة الايحاش وأبطل مناسبته للعلية آخرا بقوله وهو غير جان فى الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه أقرب الى فهم من علم أنه تعالى أسقط ما كان واجبا لها ثم أوجب لها شيأ آخر مكانه وعلم أن لا جناية فى الطلاق بل قد يكون مستحبا فى التى لا تصلى والفاجرة ولا سقوط فى المدخول بها مطلقا فلا تجب لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها فى مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال فى قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير أن الدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما أن اللام للعهد الذكرى فى المطلقات التى لم يسم لهن مهر لانه تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن أو يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها وأما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وانما أثبتنا الاستحباب

لا تستحب لها المتعة ولا تجب على اختيار القدورى وصاحب التحفة (قوله والخلف لا يجامع الاصل) أى لا يجامعه وجوبا وانما يجامعه استحبابا لانها مبرة واحسان فلم يجب مع وجوب كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية (قوله ولا شيأ منه) أى ولا عند وجوب نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول و بعد التسمية (قوله وهو غير جان فى الايحاش) هذا جواب عن حرف الخصم وهو قوله أوحشها

مهر المثل والمسمى أن كلا منهما يقع أمثالا لما هو المهر عند الله و بيان له كما عرف فى الاصول و يعضد هذا قوله فى آخر كلامه (فلا تجب مع وجوب شئ من المهر) لتناول مهر المثل وكل المسمى و بعضه هذا الذى سنح لى فى حل هذا الموضع والله أعلم وقوله (وهو غير جان) جواب عن قوله أوحشها بالفراق وتقريره سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن فى الايحاش جانيا لانه فعل ما فعل باذن الشرع (فلا تلحقه الغرامة) بوجوب المتعة (فكان) المتعة بتأويل المتاع (من باب الفضل) أى الاستحباب

(قال المصنف ولا شيا منه) أقول لفظة من فى قوله منه هى الاتصالية أى ولا شيا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله

قال (واذا زوج الرجل ابنته) واذا زوج رجلان كل منهما ابنته أو أخته للآخر بشرط أن يزوجه الآخر بنته أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل و يسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط

كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لابنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك والاشتراك في هذا الباب مبطل للايجاب (ولنا أنه سمى ما لا يصلح صداقا) وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل (كما اذا سمى الخمر والخنزير) وقوله (ولا شركة بدون الاستحقاق) جواب الخصم وبيان أن البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة

(واذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها) وقال الشافعي بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا أنه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

في المدخولات لقوله تعالى أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وهن مدخولات (قوله واذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) أي صداقا فيه وانما قيد به لانه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا للاخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب فيه مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله بطل العقد بالمنقول والمعقول أما الاول فحديث عمر رضي الله عنه أخرجه الستة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شغار في الاسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي الى كل ولي يزوج موليته على أن يزوجه الآخر موليته كسيد الامة يزوج أمته على أن يزوجه الآخر موليته كذلك وأما الثاني فان كل بضع صداق حينئذ ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والاطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الاول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار ومأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه ولم نوجب البضع مهرا وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبته اذ لا شركة بدون الاستحقاق وقد أبطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر نصفه فبقي كله منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فان بطلان

بالفراق لانه فعل ما فعله باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة فلا تجب المتعة (قوله واذا زوج الرجل بنته أو أخته على أن يزوجه الزوج بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) وشرطا صريحا بأن قال على أن يكون مهر كل واحدة منهما انكاح الاخرى وأجمعوا أنه لو قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك ولم يقل على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى جاز النكاح ولا يكون شغارا (قوله لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة) وذلك لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداقا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف منها للزوج بحكم النكاح والنصف لابنته بحكم المهر وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك كما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين (قوله ولا شركة بدون الاستحقاق) هذا جواب عن حرف الخصم بيانه أن البضع لما لم يكن له صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان يكون مملوكة لامرأة أخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف ما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين حيث لا يصح لصلاحية الاشتراك لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشتراك و يسمى هذا النكاح نكاح الشغار من قولهم شغر وافلانا من بلد

(قال المصنف ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) أقول يراد بالعقد المعقود عليه هو البضع قال ابن الهمام وانما قيد به لانه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا للاخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف اه فعلى هذا كان الظاهر أن يقول ليكون كل من العقدين عوضا عن الآخر وقبله الزوج كما لا يخفى

(وانه

(وان تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) يعني سواء كان عبدا أو حرا (لان ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا) لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استؤجر شخص على تعليم القرآن أو الاذان أو الاقامة جاز عنده (فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع) في عقد النكاح (هو الابتغاء بالمال) لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم (والتعليم ليس بمال) فلا يكون الابتغاء به مشروعا

(وكذلك المنافع على اصلنا) لانها لا تبقى زمانين والتمول يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعا (وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد) كما في الاجارة (ولا كذلك الحر) وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح (لما فيه من قلب الموضوع) لان عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه الصلاة والسلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف (بخلاف خدمة حر آخر برضاه) فانه يصح أن يكون مهرا لانه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ولا مناقضة فيه على أنه ممنوع في احدى الروايتين (و بخلاف خدمة العبد لانه يخدم المولى معنى حيث يخدمها باذنه وأمره)

(وان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته) وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة و بخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه و بأمره

الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وانما استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الاولوية (قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته شهرا أو سنة فلها مهر مثلها وقال محمد في الجامع لها قيمة خدمته سنة) ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول أبي يوسف فقال الهندواني ينبغي أن يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة وهو الاظهر والالم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير (قوله وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) أي وجهي حرية الزوج وعبديته (قوله وكذا المنافع على أصلنا) قصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الاعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا موافق لما في جامع قاضيخان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على سائر منافع الاعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها و زراعة أرضه يعني أن تزرع هي أرضه ونحوها من منافع الاعيان مدة معلومة صحة التسمية لان هذه المنافع أموال أو ألحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة اليها والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع ثابت بتسليم محالها اذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي الغاية معزيا الى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير الى أنه لا يخدمها فاما لانه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة واما أن يكون مراده اذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه وأنت اذا تأملت تعليل محمد رحمه الله بوجوب قيمة الخدمة بان المسمى مال الا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المفيد أنه لو استحق تسليمه ألحق بالاموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا تكاد تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب أن ينظر فان لم يكن بامره ولم يجزه وجب قيمتها وان كان بامره فان كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب

اذا نفوه وطردوه لما انه عقد نفي عنه المهر وعن ابن فارس التركيب يدل على الخلو كذا في المعرب المهملة العين وذكر في الصحاح يقال شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول وسمي به هذا العقد لانهما بهذا الشرط كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه (قوله لما فيه من قلب الموضوع) وهو ان عقد النكاح

بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهر الانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال و يمكن أن يقال ذكر المصنف على المدعى دليلين أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول وأخرى باعتبار الثاني

(قال المصنف وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز) أقول الاولى تأخير قوله باذن مولاه عن قوله على خدمته سنة (قوله لتضمنه تسليم رقبة العبد) أقول الذي هو المال (قوله ولا كذلك الحر) أقول فان رقبته ليست بمال (قوله وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم) أقول و يدل على ذلك اطلاق قوله ولا كذلك الحر

(وبخلاف رعى الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية) وفي عبارة المصنف تسامح لانه قال في الدليل ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا فان كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله (ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال) يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن أن يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد (الا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة) أي خدمة الحر (ليست بمال اذ لا تستحق فيه) أي لا تستحق الخدمة في النكاح (بحال) ولو كانت مالا لاستحقت لانه وجد المقتضى وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان بكلمة أو هكذا أولا تستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله أولا تستحق بحال فيه دليل على وجوب مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني أن قوله اذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال الا بما ينفيه من وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو لا يتم لان للخصم أن يقول لا نسلم أنها لو كانت مالا لاستحقت فيه وقوله لانه وجد المقتضى وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة اذ ولقائل أن يقول قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن أن يجاب عنه بانه أعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله (وهذا) أي وجوب مهر المثل (لان تقومه بالعقد للضرورة) أي لان تقوم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا

وبخلاف رعى الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة

أن تمنع وتعطى هي قيمتها أولا تستدعى ذلك وجب تسليمها وان كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لانه أجير وحد فان صرفته في الاول فكالاول أو في الثاني فكالثاني وقد أزال المصنف الريب (١) آخرا بقوله بخلاف خدمة حر آخر فانه لا مناقضة والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة أو حر آخر في خدمة تستدعى خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الاجرة على ذلك كالاذان والامامة والحج وعند الشافعي يجوز أخذ الاجرة على هذه فصح تسميتها واختلفت الروايات في رعى غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف (قوله وبخلاف رعى الاغنام الخ) يعني أنه لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما أي بان يقوم كل بمصالح مال الآخر (على أنه ممنوع في رواية) في الدراية بخلاف رعى الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل والجامع وهو الاصح يعني على

يقتضى ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج اياها مهر الها يكون الرجل خادما والمرأة مخدومة فكان على خلاف موضوع عقد النكاح فلا يجوز (قوله على انه ممنوع في رواية) أي في رعى الغنم رواية أخرى على انه لا يجوز مهرا وهي رواية الاصل والصواب ان يسلم لها مهرا جماعا استدلالا بقصة موسى وشعيب عليهما السلام وشريعة من قبلنا يلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار (قوله لان تقومه بالعقد لضرورة) أي لاحتياج الناس اليه في موضع وهو

(قوله ويمكن أن يجاب الى قوله ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة الخ) أقول فكان المناسب حينئذ أن يقول وكذا المنافع على أصلهما لئلا يلزم الالتباس ولعل الاولى أن يقال محمد متفق معهما في سلب المالية عن الخدمة قبل العقد وانما ثبت لها المالية بالعقد وهما لا يثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده فان الضرورة انما تندفع به فاندفع المناقضة والمخالفة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله والمعنى الثاني أن قوله اذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال الخ) أقول ولو جعل قوله وهذا اشارة الى وجه دلالة قوله اذ لا تستحق فيه بحال على عدم المالية لاندفع ما ذكره ثم المراد من نفي مالية الخدمة نفي تقومها على ما يدل عليه تشبيهه بتسمية الخمر والخنزير وقوله لان تقومه الخ فليتامل (قال المصنف وهذا لان تقومه بالعقد) أقول أي لان تقوم المسمى وهو الخدمة (قوله وهذا أي وجوب مهر المثل) أقول وعندي هو اشارة الى وجه دلالة قوله اذ لا تستحق الخ على عدم المالية لمكان التناقض

(١) قوله آخرا كذا في بعض الاصول وفي بعضها أولا والامر سهل كتبه مصححه

(فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد) لمكان التناقض (لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل) ولو قال فاذا لم يجز تسليمه كان أولى فتامل قال (فان تزوجها على ألف) هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية على قسمين اما أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما أن يكون الصداق مقبوضا لها أو لم يكن وكل واحد منهما على وجهين اما أن تهب المرأة الكل أو البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو ألف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة ألف أخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع (وكذا اذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيأ آخر في الذمة) غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت (فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع أحدهما على الآخر بشئ وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء) وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه (فلا تبرأ) المرأة (عما يستحقه) وجه الاستحسان أن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو

فاذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل (فان تزوجها على ألف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة) لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيأ آخر في الذمة لعدم تعينها (فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ) وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وجه الاستحسان أنه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول

أن يزرع لها أرضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا ألا يرى أن الابن اذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولو استأجره للرعى والزراعة يصح اهـ *(فروع)* واذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها كان يقول أعتقتك على أن تزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى يعين المال فانه بعد عد المحرمات أحل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا باموالكم محصنين الآية وقول الراوى ذلك كناية عن عدم المهر يعني أنه أعتقها وتزوجها ولم يكن شئ غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه أن ما ذكرناه محتمل لفظ الراوى فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب وان أبت أن تتزوجه ألزمناها بقيمتها ولو كانت الجارية أم ولد فاعتقها على ذلك فابت قال أبو حنيفة لا يجب عليها قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوجني بالف أو على أن تعطيني ألفا فقبل عتق فان أبى تزوجها فعليه قيمة نفسه وان تزوجها بالف قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما أصاب الرقبة فهو قيمته وما أصاب المهر فهو مهرها وينتصف بالطلاق قبل الدخول (قوله فان تزوجها على ألف) حاصل وجوهها اذا تزوجها على مسمى فاما أن يكون من الدراهم أو الدنانير أو المكيل أو الموزون غير

عقد الاجارة فلا يكون له قيمة فيما وراءه فصار بمنزلة تسمية شئ لا قيمة له كالخمر فيجب مهر المثل (قوله لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه) لانه يستحق بالطلاق قبل الدخول نصف المهر والمقبوض ليس بمهر بل

(قوله فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد الى قوله ولو قال فاذا لم يجز تسليمه كان أولى) أقول وانما قال لم يجب اشارة الى أنه لو كان مالا متقوما لوجب تسليمه في عقود المعاوضة (قوله كالنقود الخ) أقول وسائر الموزونات والمكيلات اذا كانتا في الذمة (قوله كالعروض والحنطة) أقول اذا أشير اليهما حيث جعلا مهرا (قوله اما أن يكون الصداق مقبوضا لها) أقول كلا أو بعضا (قوله وهو ألف درهم) أقول يعني مثلا (قال المصنف لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه) أقول لان ما قبضته ليس عين ما جعل مهرا فانه وصف في الذمة ومقبوضها عين (قوله لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص) أقول قوله بالطلاق متعلق بقوله يستوجب وضمير فانه راجع الى الطلاق (قوله لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ الخ) أقول وبالله أستعين لا شك أن التي وهبتها هي التي قبضتها ألا يرى أنها لو وهبتها للاجنبي فما دامت عينها باقية ولم يعوض عنها الها الرجوع فلو لم تكن متعينة في الهبة لم يكن الامر كذلك لكن الالف التي قبضتها ليست عين ما جعل مهرا لكونه وصفا في الذمة والالف التي قبضتها عين فليتامل فانه يمكن توجيه كلام الشارح بما قلناه أيضا ويؤيد ذلك ما ذكره في شرح قول المصنف ولهذا لم يكن لها دفع شئ آخر فتدبر ثم اعلم أن قوله بالهبة متعلق بقوله لم يصل

الأبراء (ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود) لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر لك على ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر الجارية جاريتك ولي عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ماقبضت اعتبارا للبعض بالكل) فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عندنا عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض (ولان هبة البعض) الذي لم يقبضه (حط) والحط يلتحق باصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة (ولابي حنيفة أن مقصود الزوج) وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض (قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا باعت من زوجها

وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ماقبضت) اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق

المعين بخلاف المعين منهما فانه كالعرض واما من العروض أو الحيوان معينا أو في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل أو نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفها اتفاقا أو قبله لم يرجع بشيء خلافا لزفر أو بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما اذ قال لا يرجع بنصف المقبوض كاثنا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبته أقل من النصف وقبضت الباقي يرجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت أولم تقبض وأوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية في الاول أن المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل مثل تقع به المقاصة فظهر أن الواصل اليه غير مايستحقه بالطلاق أعني نصف المهر ألا يرى أن لها أن تمسك ما أخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المصنف ناظر الى أن الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على أنها ليست عين الواجب كونها لها أن تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق ووجه قول زفر في ثاني شقي الاول أن الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء وهو مسبب عن الابراء وغيره مسبب عن الطلاق لما عرف من أن اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا أصله حديث لحم تصدق به على بريرة فبواسطة لزوم

هو عوض عنه وهذا لان المهر دين في الذمة والمقبوض عين فكان مثله لاعينه ولهذا لا يلزمها عند الطلاق رد المقبوض بعينه فان لها ان تمسكها وتدفع غيرها فان النقود لا تتعين في العقود والفسوخ فصار هبة المقبوض كهبة مال آخر وحق الزوج في سلامة نصف الصداق ولم يسلم فله ان يرجع (قوله ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود) لان الاسباب غير مطلوبة لذواتها بل لاحكامها كمن قال لآخر لك على ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال المقر له الجارية جاريتك ولي عليك ألف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولا يقال ان اختلاف الاسباب ينزل منزلة اختلاف الاعيان كما في قصة بريرة حيث قال النبي عليه السلام هي لك صدقة ولنا هدية لان ذا بالنظر الى غير العاقدين كما في قصة بريرة وأما بالنظر اليهما فلا ينزل منزلة اختلاف الاعيان ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى عبدا بالف فحط البائع عشر الثمن ثم وجد به عيبا ينقص عشر الثمن فانه يرجع بنقصان العيب وان حصل هذا بالحط لان موجب الرد بالعيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يحصل بالحط لان العشر خرج من كونه ثمنا لالتحاقه باصل العقد فكان العقد واقعا على ماوراءه فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا قال الرجل لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها الاختلاف السبب مع ان المقصود قد حصل لان كل واحد من السببين أعني الشراء والتزوج يثبت حل الوطء قلنا هنالك اختلف السبب والحكم جميعا أما السبب فظاهر لما ان الشراء غير التزوج وأما الحكم فان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبته ولو أثبته لا يكون مقصودا وهما لا يجتمعان فعند الاختلاف لم يثبت واحد منهما يقينا فصار كانه مالم يثبتا أصلا للتدافع في الحكم فلم يثبت الحل لما ان الوضع موضع الاحتياط وأما فيما نحن بصدده فحكم السببين واحد لان كل واحد منهما يثبت الملك مقصودا وفي كل منهما وصول مايستحقه الزوج اليه (قوله اعتبارا للبعض بالكل) فانها لو لم تقبض شيأ حتى وهبت الكل لا يرجع عليها بشيء ولو قبضت الكل و وهبت الكل منه يرجع عليها بنصف ألف فاذا قبضت النصف يرجع عليها

والحط

وقوله (والحط) جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك أن الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله (ألا ترى أن الزيادة) يعني أن الحط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لم تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق فكذلك الحط

والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض (ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا

الاختلاف شرعا لم يصل اليه عين مايستحقه فصارت كالاولى وجه الاستحسان أن المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين حصل الطلاق لم يؤثر شيأ لعدم مصادفته شغل الذمة بالمهر وهو محل أثره لانه انما يؤثر في شغل الذمة بالاسقاط فلو أوجب شيأ آخر كما قال انه يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير موجبه في محله وصار كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله ثم حل الاجل لا يجب شيء آخر واذا تأملت هذا التقرير سقط عنك ماتكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان لانها تقبل التغير بتغير صفاتها بخلاف الاوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك لاستحالة قيام الصفة بالصفة وهو دفع فاسد لان ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ماعرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن حل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين مايستحقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الخ عليه أي عين مايستحقه ذاتا الا من حيث هو بسبب الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فانه لم يؤثر شيأ حينئذ وجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع بنصفه ولا يخفى أن الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البعض بل لانه لم يصل اليه عين مايستحقه بالطلاق وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على أن الطلاق قبل الدخول أعاد نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر أن الصداق الدين بذلك مشترك بينهما يعني يتبين ذلك والا فالهبة كان كله ملكها ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها كمكيل أو موزون بين اثنين وهو في يد أحدهما وقبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه فاذا أبرأته بعدما قبضت النصف من الباقي أو الكل كان الواصل اليه عين مايستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهر أن الحاقهما البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله (والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح) يؤيده أنها لو حطت حتى بقي أقل من عشرة صح ولا تستحق غيره وتسمية مادون العشرة في أصل العقد لا تصح وقيد بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد ووجه الفرق أن البيع عقد مغابنة ومبادلة مال بمال ومرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله (ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق) باصل العقد (حتى لا تتنصف)

بنصف ماقبضت (قوله والحط لا يلتحق باصل العقد) ألا ترى ان من تزوج امرأة على عشرين درهما فوهبت له خمسة عشر منه لا يجب العشرة ولو التحق الحط باصل العقد لصار كانه تزوجها على خمسة ولو تزوجها على خمسة تجب عشرة ولو حطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم يتنصف الباقي فعلم بهذا ان الحط غير ملتحق باصل العقد وهذا لان النكاح ليس بعقد المعاوضة وهذا معاوضة ومبادلة مال بمال فلم يجب فيه اسناد الابراء والحط الى أصل العقد مع امكان التحقيق في الحال (قوله فعنده يرجع عليها الى تمام النصف)

(ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي) مثل ما اذا تزوجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربعمائة درهم لان عنده ماسلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة (ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره) يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه (وجه الاستحسان) ما ذكره (أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه) لانه يتعين بالتعين وقوله (ولهذا) أي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها

(قوله ووجه ذلك أن الحط الى قوله يحتاج الى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك الخ) أقول فيه تامل فانه يجوز أن يكون الحط لكون المسمى زائدا على مهر المثل والزيادة لكونه ناقصا عنه نعم ليس المقصود من عقد النكاح التجارة والاسترباح (قوله وقوله ولهذا أي ولان حقه عند الطلاق الخ) أقول بل هو اشارة الى التعيين المعلوم من سياق الكلام

لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل

استيضاح لعدم الاتفاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم تلتحق بقي ابطالهم ذلك بلا جواب فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وانما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به ولان وجه الحاقها بالبيع وهو أنه قد يكون خاسرا أو زائدا مضرا بالمشتري فيرد الى العدل يجري في النكاح وخسرانه أنه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها مع نقصها عن مهر مثل أخواتها مثلا يعقب الندم لها وزيادته تعقب الندم له وجه قول زفر في العرض المعين وهو أحد قولي الشافعي في الجديد واختاره أكثر أصحابه أن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من أن السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده ووجه الاستحسان أن الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلا ذمتها المؤثر وجوب تفريغها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق وحمل كلام الكتاب هنا عليه سهل مما تقدم (قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا) أي دراهم واخوتها فان الواصل اليه حينئذ ليس عين ما تستحقه لعدم تعينها وبخلاف ما اذا باعت من زوجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه فكأنه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض أو الحيوان في الذمة فكذلك الجواب أي لا يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض أما اذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا وأما ان قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها أن تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المفارقة لان الاصل أن لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا عين بالتسليم يصير كأن العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيعطى حكمه ويتأتى خلاف زفر في هذه أيضا لما عرف من أصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وماذكر في الغاية قال زفر في الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا أن تكون روايتان فيما يتعين * واذ قد انجر الكلام الى شيء مما يتعلق بامهار العرض المعين فهذه فوائد تتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شيء بعينه لم تره فاتاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير أما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته اذ الفائدة في اثباته التمكن من اعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل في البيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب به رد المسمى فيه قيمته والقيمة أيضا غير مرئية وأما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فتجب قيمته كالعبد المغصوب اذا أبق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل يجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسيرا فليس لها غيره وعن

صورته ما اذا تزوجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند أبي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما المعتبر هو المقبوض فصار كأنه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض وهو ثمانمائة درهم

(لم يكن لها أن تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا) وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز (وبخلاف ما اذا باعت) يعني الصداق العرض من زوجها (لانه وصل اليه ببدل) وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر

(قوله فلذلك يرجع عليها بنصف المهر) أقول أي بقيمته

ولو تزوجها على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين فيه يصير كأن التسمية

زفر لها الخيار أو فاحشا فاما بفعل الزوج فلها الخيار أن تضمنه قيمته يوم تزوجها أو تأخذه وتضمن الزوج النقصان لانه أتلف جزأ من الصداق ولو أتلفه ضمنه فاذا أتلف بعضه لزمه قدره وعن أبي حنيفة اذا اختارت أخذه لا تضمنه النقصان وأما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير أنها لا تضمنه النقصان اذا اختارت أخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لان فعله بنفسه هدر وعن أبي حنيفة أنه كتعييب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل أجنبي فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغيير بين أن تأخذه وتضمن الجاني نقصانه أو تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه بذلك هذا كله اذا دخل بها أو مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففي السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر ردها اياه كما قبضته وان شاء أخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان والتعيب بفعل الصداق كالسماوي وكذا بفعلها لانه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها واذا كان بفعل أجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضه وكذا اذا تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعدما طلقها قبل الدخول كان للزوج أن يأخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بامر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل أجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها ووقع في مختصر الحاكم أبي الفضل أن التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو غلط بل الصحيح في كل فصل ماذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه الزوج لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المرأة غير صحيح الا أن الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية أم ولد للزوج لعدم ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع في الولد شيأ انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما للملك وان ماتت الجارية عند المرأة أو قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيأ * واذ قد انجر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفه وحاصله من المبسوط أن الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن وانجلاء بياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها أو مات عنها لانه ملك بملك الاصل وملك الاصل كان

(قوله ولو تزوجها على حيوان أو عروض في الذمة) أي على نوع من الحيوان غير موصوف بان قال على فرس أو حمار أو تزوجها على ثوب هروي أو مروي فكذلك الجواب أي لم يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد اذ الاصل في العرض والحيوان العينية وثبوته في الذمة على خلاف

(ولو تزوجها على حيوان) يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما الا مطلقه (أو عروض في الذمة) بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط مما سمى ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود (فكذلك الجواب) يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض (لان المقبوض متعين في الرد) يعني أنها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف السبب وقوله (وهذا لان الجهالة) اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى أن المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لا ينافي النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار

وقعت عليه

سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة أو متصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانها في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هنالك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض وأما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول أبي حنيفة وفي قولهما تتنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند أبي حنيفة وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري وعندهما هو للبائع لهما أن الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها اذا بطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت أولا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سببا لملك الزيادة وحقيقة الوجه لابي حنيفة أن سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو اما احتطاب العبد أو اجارته نفسه أو قبوله الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير أن المكتسب اذا لم يكن أهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب وببطلان ملكه في الاصل لا يتبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لا أن يكون مملوكا بسبب حادث ألا يرى أن ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف بالطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة فحدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما أن تكون غير متولدة أو متولدة من العين وهي اما منفصلة أو متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان لزمها رد الاصل أو بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر يتنصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها الان بقبضها الا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق أو الكل اذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق الى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا اذا قبضها المشتري وازدادت زيادة منفصلة فان البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعند ردتها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب من الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بفساد البيع وفيه يثبت الرد في الاصل والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر نصف الزيادة بتعذر نصف الاصل وجه ظاهر

القياس للضرورة لما فيه من الجهالة ولكنها تحملت في النكاح لانه تسامح فيه عادة فاذا تعين بالقبض صار كانه هو الذي ورد عليه العقد فتعين بالرد ولا كذلك المكيل أو الموزون لانه يثبت في الذمة ثبوتا أصليا اذا صار موصوفا كالدراهم والدنانير فكان ملحقا بهما والحكم فيهما ان لا يتعين المقبوض بالرد (قوله

وذا

كأن التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال ان لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير

قال (واذا تزوجها على ألف على ان لايخرجها من البلدة) قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على أن لايخرجها من البلدة (أو على أن لا يتزوج عليها) أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسد الان فيه المنع عن الامر المشروع (فان وفى بالشرط فلها المسمى) لانه سمى ماصلح مهرا (وقد تم رضاها به) وان لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل أكثر من الالف (لانه سمى مالها فيه نفع) حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل (فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة) بأن شرط مع الالف أن يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما تتعب به وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة (ولو تزوجها على ألف ان أقام بها وعلى ألفين ان أخرجها) صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر أنه ذكر بمقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف والالفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما أن ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة أن الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوجها على ألفين ان كانت جميلة وعلى ألف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجي وغيره وأجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية

(واذا تزوجها على ألف على أن لايخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى) لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به (وان تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها) لانه سمى مالها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف (ولو تزوجها على ألف ان أقام بها وعلى ألفين ان أخرجها فان أقام بها فلها الالف وان أخرجها فلها مهر المثل

الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق انما يثبت في المفروض في العقد وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما اذ لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهي جزء من العين فيتعذر بتنصفها تعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة في المبيع تمنع رد الاصل بالعيب اذا كانت حادثة بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فانها لا تمنع الواهب من الرجوع في الاصل لان الهبة عقد تبرع فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الاصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فاما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الاصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الاصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة واذا تعذر تنصف الاصل وجب عليها رد نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق انما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وان كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا والزيادة المنفصلة سواء انما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه وعند محمد وزفر يتنصف الاصل بزيادته لان النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فانه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان المتصلة كزيادة السعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كالزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري الى الزيادة واذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الاصل لانه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فانه قبض ضمان لحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الاصل فيسري الى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت في ملك صحيح لها فتكون سالمة لها بكل حال كالمنفصلة واذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الاصل لما قال محمد والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لانها تملكه لا عوضا عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى ان المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل فالمتصلة أولى أن تمنع فاما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة وأما اذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فانه يتنصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد الاصل مستحقا عليها فيسري ذلك الى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق (قوله واذا تزوجها الخ) للمسئلة صورتان الاولى أن يسمى

كما في تسمية الكرامة) أي كما اذا تزوجها على ألف على ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما تتعب بها (قوله والهدية) بان يرسل اليها الثياب الفاخرة مثلا مع الالف وقال زفر رحمه الله ان شرط لها مع الالف ما هو

(قوله لانه سمى مالها فيه نفع) أقول هذا تعليل لقوله فلها مهر مثلها

لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهـذا عند أبي حنيفة وقالا الشرطان جميعا جائزان) حتى كان لها الالف ان أقام بها والالفان ان أخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسـدان و يكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزاد على ألفين وأصل المسـئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيها ان شاء الله تعالى

لها مهرا و يشترط لها معـه ما لها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها والثانية أن يسمي لها مهرا على تقدير وآخر على تقدير آخر أما الاولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو أنه ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فان كان مهر مثلها قدر المسمى أو أقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر ان كان ما ضم الى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذا بمنع التسـليم اذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام أحمد اذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لانها لم تتزوجه الا على مالك المرغوب فيـه فصار كما اذا باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر أن ايجاب التسليم ليس للتقوم في المضموم بل لعـدم رضاها بالالف الا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيـه مهر المثل وجواب الثاني أن ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لو وجب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عـدمها في خيار الفسخ بل ان وفى تمت التسمية لرضاها بها والا لا تتم لعـدم الرضا وفساد العقد ليس لازما لعـدم تمام التسـمية ولا لعدمها رأسا اذ ليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور أن لا يتزوج ما دامت تحته مختار العدم دخول خيار الفسخ في يديها وأين عدم التزوج مختار الامر من تحريمه شرعا فالجواب أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل الحرام اذ لو أحل حقيقة بأن ثبت به حكم الحـل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الاحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق في نفسه وهو المراد به ضـد الباطل وهو أعم من الوجوب صادق عليه وعـلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عينا بقي أن يقال اذا ظهر عـدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية ولا نظيره للقطع بأنها ليست مفوضة بل انما رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمي للبكر عند استئذانها مهرا فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافرا ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها أصلا لا يسـتلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة أو تصرح بالرضا به والا فقـد لا ترضى بمهر المثل تسـمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب أن تخير كما اذا زوجت نفسها من غـير كفء فانه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ وأما ما ذكر من حمل لفظ أحق في الحـديث على ما ذكر فبلا موجب لان ذلك الموجب وهو تحريم الحـلال منتف لانه لا يحرم التسري بهـذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختار الاحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا نقول فعل محرما وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله وأما الثانيـة فكأن يتزوجها على ألف ان أقام بها أو على أن لا يتسرى أو على أن يطلق ضرتها أو ان كانت مولاة أو ان كانت أعجمية أو ثيبا وعلى ألفين ان كان أضدادها فان وفى بالاول أو كانت أعجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن ألف عند أبي حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبـل الدخول يجب لها نصف المسمى

مال كالهدية فالجواب كذلك وان شرط ما ليس بمال كطـلاق الضرة فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك يتقوم بمنع التسليم اذا شرط لها في العقد فأما الطلاق ونحوه فلا يتقوم بالاتلاف فكذلك لا يتقوم بمنع التسليم ولكنا لا نوجب التسليم باعتبار تقوم ما شرط لها وانما كان لانعـدام رضاها بالالف

الثانيـة لانها لا تدري أن الزوج يخرجها أو لا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس الامر واما قبيحة غـير أن الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف لم يذكر وجوه الاقوال وأحالها على باب الاجارة على أحد الشرطين ولم يذكر هنالك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجيء ان شاء الله تعالى

أو لا بناء على أنه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الالف ان أقام بها والالفان ان أخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد عـلى الالفين وجه قول أبي حنيفة أنه لا خطر في التسـمية الاولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فاذا وجـد شرطها بأن أخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الاول ثابتا لان المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحـد ووجه قول زفر أنه لا تعليق أصـلا بل هما منجزان لان ما يضم مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا ففسـد للجهالة وأصلها في الاجارات وستزداد هنالك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم أنه نقل عن الدبوسي لو تزوجها عـلى ألف ان كانت قبيحة وألفين ان كانت جميلة يصحان بالاتفاق لانه لا خطر في التسمية الثانية لان أحد الوصفين ثابت في نفس الامر جزما غير أن الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوقوع وعدمه واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقا فيما اذا تزوجها بالف ان كانت مولاة أو ليست له امرأة وبالفين ان كانت حرة الاصل أو له امرأة أخرى لكن الخلاف منقول فيهما والاولى أن تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما واعلم أنه لو كان تزوجها عـلى ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وان يطلق فلانة فانه ما لم يطلقها لم تطلق وفي المبسوط لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبـد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء كان نصف الالف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها واذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل بها نظر ان كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها الا ذلك وان كان أكثر فان وفى بالشرط فطلق فليس لها الا الخمسمائة وان أبى أن يطلق لم يجـبر عليه لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامـه في الذمـة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبدا وقع الطلاق بنفس العـقد والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة البضع والعبد والشيآن متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فان كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبـل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلته نصف العبد ونصف البضع وان لم يكن العوض مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبـد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد أو هلك قبـل التسليم رجـع بخمسمائة حصة العبـد وبنصف قيمة العبد أيضا لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق العبـد أو هلاكه قبـل التسليم يوجب قيمته عـلى من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجـع بقيمة ذلك النصف وهو مما المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي ما اذا تزوجها عـلى دار على أن ترد عليه ألفا تقسم الدار عـلى مهر مثلها وعلى الالف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع وان تفاوتا تفاوتا وهذا بالاتفاق ثم هل تثبت الشفعة لجارها في هذه الدار فيها مثلا عند أبي حنيفة لا وعنـدهما نعم اعتبارا للبعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء

بدون المنفعة المشروطة كذا في المبسوط وذكر في الجامع الصـغير التمرتاشي رحمه الله تزوجها على ألف ان لم يخرجها من البلد وعلى ألفين ان أخرجها أو على ألف ان لم تكن له امرأة وعلى ألفين ان كانت له امرأة أو على ألف ان كانت عجمية وعلى ألفـين ان كانت عربية أو على ألف ان كانت ثيبا وعلى ألفـين ان كانت بكرا فالشرط الاول صحيح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى والثاني فاسد ولو طلقها قبـل الدخول فلها نصف الالف فان دخل بها فان وفى لها بالشرط فلها الالف والا فمهر المثل لا يجاوز به عن ألفين ولا ينقص عن ألف وقالا الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله فاسدان لان كل واحد منهما معلق بخطر ولهما انه عقد عقدين وخير نفسه في أحدهما وله أن الاول لا خطر فيه فانه لو اقتصر عليه صح والثاني فيه خطر لانه يتعلق بانفساخ

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أصل هذا أن الضمان الاصلى عند أبى حنيفة مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة وعندهما الضمان الاصلى هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما فى الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس فى ذلك متعين وما فى الكتاب واضح وانما قال فى مهر المثل (اذ هو الاعدل) لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشئ لا تقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلهما وقوله (الا أن مهر المثل) جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا فى الاحوال الثلاث ووجهه أنه كذلك الا أن مهر المثل (اذا كان أكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فاذا أحدهما أوكس والآخر أرفع فان كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الاوكس وان كان أكثر من أرفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبى حنيفة وقالا لها الاوكس فى ذلك كله (فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس فى ذلك كله بالاجماع) لهما أن المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد أمكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابى حنيفة أن الموجب الاصلى مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له فى البدل الا أن مهر المثل اذا كان أكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان

يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه والبيع ههنا فى ضمن النكاح اذا العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة فى الدار التى يتزوج عليها فكذا فى هذه ولو اعتبر البيع أصلا فسد لانه نكاح فى ضمن بيع فيفسد البيع لانه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه وفى فتاوى الخاصى من علامة النون رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على أن تدفع اليه هذا العبد فانه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لانها بذلت البضع والعبد بازاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لانها باعته بشئ مجهول ويصير الباقى مهر الها وذكر فى علامة الواو وقال لامرأة أتزوجك على أن تعطينى عبدك هذا فاجابته بالنكاح جاز بمهر المثل ولا شئ له من العبد أما أنه لا شئ له من العبد فلأن هذا شرط فاسد وأما جواز النكاح فلانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اه وهذا اختلاف فى القدر الذى يجب لها اذ مقتضى هذا أنه تمام مهر المثل بخلاف الاول (قوله ولو تزوجها على هذا العبد أو هذا العبد) أو على هذه الالف أو هذا العبد أو على ألف أو ألفين (فان كان مهر مثلها أقل من أوكسهما) أو مثله (فلها الاوكس) الا أن يرضى الزوج بدفع الارفع فهو لها الا أن ترضى بالاوكس (وان كان أكثر من أرفعهما) أو مثله (فلها الارفع) الا أن ترضى بالاوكس (وان كان) مهر مثلها (بينهما) أى فوق الاوكس ودون الارفع (فلها مهر مثلها وهذا عند أبى حنيفة وقالا لها الاوكس فى ذلك كله فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس فى ذلك كله بالاجماع) فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقا وكثير على أن منشأ هذا الخلاف الخلاف فى الواجب الاصلى فى النكاح فعنده مهر المثل لانه أعدل اذ هو قيمة البضع لانه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فانه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل اليه الا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بادخال كلمة أو وعندهما الواجب الاصلى المسمى فلا يعدل عنه الى مهر المثل الا اذا فسدت من كل وجه وهو منتف اذ يمكن ايجاب الاوكس لانه متيقن قياسا على ما لو خالعها على هذا العبد أو هذه أو أعتقه على هذا العبد أو هذا فانه يجب الاوكس فيهما اتفاقا وهذا ان كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وان كان تخريجا فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن الاصل مهر المثل ثم يختلفوا فى فساد التسمية فى هذه المسئلة فعنده فسدت لادخال أو فصير الى مهر المثل وعندهما لم تفسد لان المتردد بينهما لما تفاوتا ورضيت هى بايهما كان فقد

الاول وعن الدبوسى وغيره لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة وعلى ألفين ان كانت جميلة يصحان بالاجماع لانه لا خطر فى التسمية الثانية لان المرأة على صفة واحدة اما قبيحة واما جميلة لكن الزوج لا يعرف وجهله لا يوجب الخطر قال رضى الله تعالى عنه فى نوادر ابن سماعة عن محمد رحمة الله تعالى عليه نص على الخلاف (قوله فلها الاوكس فى ذلك كله بالاجماع عندهما لا يشكل) وكذلك عنده لان مهر المثل لا يعتبر بعد الطلاق قبل الدخول فيجب ما هو المتيقن ونصف الاوكس متيقن وهو فوق المتعة ظاهرا (قوله وصار كالخلع والاعتاق على مال) أى بهذا الطريق الذى ذكرنا بان خالع أو أعتق على ألف أو ألفين على هذا العبد أو على هذا العبد (قوله ان الموجب الاصلى مهر المثل) كالقيمة فى باب البيع (قوله اذ هو الاعدل) أى مهر

قال المصنف ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أقول قول الزيلعى وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الالف وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين ومنشأ الخلاف أن البدل الاصلى هو مهر المثل عنده وانما يعدل عنه عند صحة التسمية وعندهما المسمى هو الاصلى ولا يصار الى مهر المثل الا اذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن ايجاب المسمى اه وسيصرح المصنف فى بيان اختلاف الزوجين فى المهر حيث نقل دليل أبى حنيفة ومحمد أن مهر المثل هو الموجب الاصلى فى باب النكاح انقص

أنقص من الاوكس فالزوج رضى بالزيادة فعملنا برضاهما وقوله (والواجب بالطلاق قبل الدخول) جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الارفع فيما يجب فيه الارفع مهر الان الواجب فى الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه أن الواجب فى الطلاق قبل الدخول فى مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة (ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة) قال (واذا تزوجها على حيوان غير موصوف) صورة المسئلة أن يقول تزوجتك على حمار أو فرس قال المصنف (معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف) يريد أنه لم يقل جيد أو وسط أو ردىء الى غير ذلك من أوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس وأجيب بانه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شئ وعلى كل ما أشبهه ويرد عليه قوله أما اذا لم يسم الجنس بان تزوج على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شئ وعلى كل ما أشبهه ولم تصح به التسمية والحق أن يقال أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله (وقال الشافعى يجب مهر المثل) واضح وقوله (ولنا أنه معاوضة مال بغير مال) معناه ان فى النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة أما معنى المعاوضة فظاهر وأما معنى التزام المال ابتداء يعنى بغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال وكان كالدية والاقارير حيث يلزم فيهما أيضا مال من غير أن يكون فى مقابلته عوض مالى فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة فى مثله متحملة كما فى الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما فى الاقارير فان من أقر لانسان بشئ صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة

أنقص من الاوكس فالزوج رضى بالزيادة والواجب بالطلاق قبل الدخول فى مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها فى العادة فوجب لاعترافه بالزيادة (واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء أعطاها ذلك وان شاء أعطاها قيمته) قال رحمه الله معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس أو حمار أما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعى يجب مهر المثل فى الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا فى البيع لا يصلح مسمى فى النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال

رضيت بالاوكس فتعين دون الارفع اذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالاوكس واذا تعين ما لها لم يصر الى مهر المثل لان المصير اليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة وصار كالخلع على ألف أو ألفين والاعتاق بان قال أعتقتك على هذا العبد أو هذا وقبل فانه يجب الاوكس فيهما وهو يفرق بان تعين الاوكس فى هاتين ضرورة أن لا موجب فيهما فى حق البدل وانما يجب فيهما بالتسمية وان لا يلغو كلامهما بالكلية ولا ضرورة هنا لان النكاح موجبا أصليا فاذا لم يتعين أحد ما ردد فيه لا يلزم الالغاء اذ يصان بتصحيحه بمهر المثل وهذا بخلاف ما لو خيرها بان قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت أو على أنى بالخيار أعطيك أيهما شئت فانه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة أما ما نحن فيه فلا لانها لو أرادت أخذ الارفع فامتنع تحققت المنازعة اذ ليس الرجوع الى قول أحدهما باولى من الآخر بخلاف التخيير اذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع أحد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لاحدهما جاز وبخلاف ما لو أقر له بالف أو ألفين حيث يتعين له الا الالف لانه لم يوقع ذلك فى انشاء معاوضة بل ذكر أن ذمته مشغولة باحد المالين والاصل براءة الذمة وهو فى شك فى اشتغالها بالالفين لم يجزم بهما فلا يلزمانه بخلاف الالف فانه لم يشك فيها ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة الى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة والا فالمؤجلة وعندهما لها المؤجلة لانها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فله وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عليه (قوله والواجب فى الطلاق قبل الدخول الخ) وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الاوكس تحكم صرح به فى الدراية فالحكم فى الطلاق قبل الدخول فى التحقيق ليس الا متعة مثلها (قوله واذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ) المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فاذا كان عرضا أو حيوانا فاما معين كهذا العبد أو الفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا أنه أضافه الى نفسه كعبدى والا فلها أن تأخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت فى النصف الباقى فى يدها ان شاءت ردته بالعيب الفاحش وهو التشقيص فى الاملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وان شاءت أمسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذى فى يدها خاصة ولو ولدت الامة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا

المثل هو الاعدل لانه لا يجرى الزيادة فيه والنقصان (قوله ان يسمى جنس الحيوان) أى نوعه (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال) لان منافع البضع ليست بمال بدليل انه لا يصح امهاره ولا تبطله الشروط

(قوله لان الواجب فى الطلاق قبل الدخول نصف المسمى) أقول فيه أن التسمية فاسدة فكيف يجب نصف المسمى (قوله والحق أن يقال أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم) أقول فيه بحث فان كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعا باصطلاح غيرهم بل أخص منه كما لا يخفى

ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردئ والوسط ذوحظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لاوسط له لاختلاف معانى الاجناس

يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامتناع من الدخول بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا وان كان فاحشا فلها ان شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وان شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوى وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فاذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها فى العيب السماوى بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لانه أتلف أمانة فى يده فان كان فى قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وان لم يكن أجاب فى كافى الحاكم بانه عليه تمام ذلك قال شمس الائمة وهو غلط فقد بين فى الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن ان كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا اشكال فى الثوب المعين فى ثبوت الصحة غير أنه اذا زاد فقال هذا الثوب الهروى ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول أبى يوسف لها قيمة ثوب هروى وسط وعلى قول زفر لها الخيار بين أن تأخذه أو تطلب قيمة الهروى الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه وسنقرره ان شاء الله تعالى واما غير معين فلا يخلو اما أن يكون مكيلا أو موزونا أو غيرهما ففى غيرهما ان لم يعين الجنس بان قال حيوان ثوب دار لم يصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق فى الافراد المماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان الذى تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذى تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة أيضا والدار التى تحتها ما يختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل أولى وان عينه بان قال عبد أمة فرس حمار بيت صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك وكذا باقيها وهذا فى عرفهم أما البيت فى عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغى أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار وتجبر على قبول قيمته لو أتاها بها وبقولنا قال مالك وأحمد خلافا للشافعى له أن عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت فى ذلك بالذمة أصل ايجاب الشرع مائة من الابل فى الدية وفى الجنين غرة عبد أو أمة فى الذمة وليس فيها معلوم الا الوسط من الاسنان الخاصة وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة فى ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضى جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره فى بعض الصور بان لم يكن من أقاربها من تزوج وعلم لها مهر فانه يحتاج الى تقويم وتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالته فى الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصحيح التسمية أولى (قوله وشرطنا أن يكون الخ) جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح حينئذ الاقرار فى كونه التزام مال ابتداء ينبغى أن يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشئ ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال شرطنا ذلك رعاية لجانبى المرأة والزوج اذ جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفى الجهالة أصلا لكن لما لم يكن المال

الفاسدة والحيوان يثبت دينا فى الذمة فى مبادلة مال بما ليس بمال ألا ترى انه وجب فى الدية مائة من الابل شرعا وصفتها مجهولة فكذا ثبت شرطا وجعل كانه مال يلتزمه ابتداء والجهالة المستدركة لا تمنع صحة التزام المال ابتداء كما فى الاقرار فان من أقر بشئ أو عبد لرجل صح واليه البيان وانما لا ينصرف الى الوسط لان المقر به عينه ليس بعوض وعين المهر هنا عوض وان كان باعتبار صفة المالية التزام المال ابتداء فلكونه عوضا صرفناه الى الوسط عند اطلاق التسمية ليعتدل النظر من الجانبين لان الوسط ذوحظ منهما ولكونه

وبخلاف

(وشرطنا أن يكون المسمى مالا) معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب فى الزكاة ذلك رعاية لجانب الغنى والفقير (وذلك) انما يتصور (عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردئ والوسط ذوحظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لاوسط له حينئذ لاختلاف معانى الاجناس) فانه اذا قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه

و بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الايفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما (وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه) ووجهه أن هذه جهالة الجنس اذ الثياب أجناس ولو سمى جنسا بان قال هروى يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته

من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع أنه المورد الشرعى أعنى ايجاب الشرع للوسط فى حيوان الزكاة رعاية لجانبى الفقراء وأرباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى الاحكم الاصل ولو أسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه (قوله وانما يتخير الزوج) جواب عن سؤال مقدر أن ما ذكرتم يقتضى وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب أحد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها أجاب لما كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت القيمة أصلا مزاحما للمسمى كأنها هو فهى أصل من وجه فتجبر على قبول أى أتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك صار كانه تزوجها على عبد أو قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما أفاد أن الاصل العبد عينا والقيمة مخلص ألا يرى الى التشبيه فى قولنا كأنها هو وفى المبسوط بعد أن قال لكون المهر عوضا راعينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر أبو حنيفة فى العبيد السود بار بعين دينارا وفى العبيد البيض بخمسين لما كان فى زمانه (قوله وان تزوجها على ثوب الخ) تقدم الكلام فيه (قوله وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب) بان ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من انها تجبر على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن أبى حنيفة يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر وعما عن أبى يوسف أنه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لان موصوفه اذا كان مؤجلا يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا فى السلم وان لم يؤجل تخير الزوج وعبارته فى المبسوط فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة اذا أتاها بها وعلى قول أبى يوسف ان ذكر الاجل الى آخر ما ذكرناه ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة فى ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا فى الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه وأجاب بان قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة فى الذمة لا يجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا أن الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا اهـ وظاهره ترجح قول أبى يوسف وقد يقال بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس ماله والثياب المؤجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجح قول زفر اذ لم يندفع قوله ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته فى الذمة وهو ظاهر وأما المكيل والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة وان وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية لا يتخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منهما يثبت فى الذمة صحيحا حالا كالقرض ومؤجلا كما فى السلم وعن أبى حنيفة لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة أيضا لان صحة التسمية انما توجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة

مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام (قوله ويخير الزوج لما بينا) وهو قوله لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة (قوله وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب) أى يخير الزوج أى بعدما سمى جنسه بان قال ثوب هروى وبين عرضه وطوله بحيث لو أسلم فيه يجوز السلم فيتخير الزوج أيضا فى ظاهر الرواية وفى رواية لا يخير لانه

قوله (وبخلاف البيع) جواب عن قوله مالا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى فى النكاح ووجهه أن (مبناه على المضايقة والمماكسة) أى المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد باصل الجهالة (أما النكاح فمبناه على المسامحة) فلا يفسد بالجهالة مالم تفحش وقوله (وانما يتخير) متعلق بقوله والزوج مخير ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة أما القيمة فلان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الايفاء وأما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بايهما أتى وقوله (وان تزوجها على ثوب غير موصوف) يعنى لم يذكر نوعا منه وقوله (اذ الثياب أجناس) يعنى أنها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله (وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب) معنى المبالغة فيه هو أن يوصله الى حد يجوز فيه عقد السلم وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن أبى يوسف انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه الظاهر ما ذكره أنها ليست من ذوات الامثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد (وكذا اذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه) مثل أن يقول تزوجتك على كر حنطة أو من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته

(وان تسمى جنسه وصفته لايخير) بل يجبر على الوسط (لان الموصوف منهما يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا) حالا أو مؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه قوله (وان تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط فاسد) معناه أن قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية أصلا وذلك لا يفسده فهذا أولى (بخلاف البيع) لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده

وان سمى جنسه وصفته لايخير لان الموصوف منهما يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا (وان تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال فى حق المسلم فوجب مهر المثل (فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبى حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف تجب القيمة)

كما فى الفرس والعبد لا تعين الوسط (قوله وان تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) وبه قال الثلاثة وقالوا فى رواية عن كل منهم يفسد النكاح لامتناع العوض اذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم فى حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدما مع اشتراط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثانى لان الشرط الفاسد يصيره ربا لان الشرط زيادة خالية عن العوض فى أحد الجانبين ولا ربا فى النكاح (قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر) أو على هذا العبد فاذا هو حر فعند أبى حنيفة لها مهر مثلها فيهما وقال أبو يوسف لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد بقول أبى حنيفة فى الحر وبقول أبى يوسف فى الخمر وذكر الحاكم أن قول أبى يوسف الاول فى الحر كقولهما وظاهر كلام الهداية فى التعليلات يقتضى افتراقهم فى مبانى الخلاف لانه خص أبا يوسف بما حاصله أنه سمى لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته فى القيمى والمثل فى المثلى والعبد قيمى والخمر مثلى ثم قال وأبو حنيفة يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه ففى الايضاح لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى وفى اشارات الاسرار قال هذا الخلاف ينشأ من أصل مجمع عليه الى آخر معنى ما ذكرنا وما نذكر ولان هذا الاصل متفق عليه فى البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافى قال هذه المسائل مبنية على أصل وهو أن الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لان المعانى أحق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه أى يتبع الذات ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على أنه أحمر فاذا هو أخضر ينعقد لاتحاده والشأن فى التخريج على هذا الاصل فأبو يوسف يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان

يصير بمنزلة العين ولا خيار فى العين (قوله فان تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز) وعلى قول مالك رحمة الله تعالى عليه النكاح فاسد قياسا على البيع ولكنا نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا فاذا بطلت صار كانه لم يسم له عوضا فكان لها مهر مثلها وكذا نقول فى البيع يصير كانه لم يسم ثمنا والبيع يفسد عند عدم التسمية وذكر فى الايضاح وعقد النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والفقه فيه هو أن الشرط الفاسد فى

وفى قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بهما وقلنا لما لم تصح التسمية فى نفسها لكون المسمى ليس بمال أى ليس بمال متقوم فى حق المسلم لم تمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل قال (فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل) صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبى يوسف فى ذوات الامثال فى أن الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع أبى حنيفة فى ذوات القيم فى ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل أن المعتبر هو الاشارة عند أبى حنيفة فى الفصول كلها والتسمية عند أبى يوسف فى الفصول كلها والاشارة فى الجنس الواحد والتسمية فى الجنسين عند محمد والمصنف قدم دليل أبى يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل أبى حنيفة وقال فيه

(قوله وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبى يوسف الخ) أقول قال العلامة الزيلعى هذا الكلام لا يكاد يصح أبدا لان محمدا لابى لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الامثال أو من ذوات القيم ولم يعتبر هذه الجهة أصلا وانما اعتبر كون المسمى من جنس المشار اليه أم لا فان كان من جنسه يتعلق بالمشار اليه وان كان من خلافه يتعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الامثال أو من ذوات القيم اهـ ألا يرى أنه اذا تزوجها على هذه الشاة فاذا هو خنزير أو هذه الجارية فاذا هو غلام تعتبر التسمية عند محمد لاختلاف الجنس واذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو متعين يعتبر الاشارة ويوجب مهر المثل لاتحاد الجنس وان أردت زيادة التفصيل انظر الى الكافى والزيلعى

(لكونها) يعنى الاشارة (أبلغ فى المقصود وهو التعريف) لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشىء ويحصل بها كمال التمييز لان الاشارة الى الشىء وارادة غيره ممتنعة وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له وأخر دليل محمد وكأنه أشار الى اختيار مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هى وبالذات موجود فى الخارج يصح أن يكون مشارا اليه اشارة حسية والثانية أن المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده أمرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكاة والذكر والانثى فى غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة فى الخل والحدة فى الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة فى العقد فان كان المسمى والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية هنالك لا تدل على ماهية أخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف فى الاستحقاق والموصوف موجود فى المشار اليه لانه هو المشار اليه ولولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه فى استحقاق أن يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان المقتضى لعدم شىء لا يتبعه فيتعارضان فى الاستحقاق والتسمية أبلغ فى التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذاتا مشارا اليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذى سنح لى فى حل هذا المحل وأزيدك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عادحرا لعدم الواسطة وكذا فى الميتة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفع لا يلزم أن يكون خمرا لجواز أن يكون عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها جارية لا يلزم أن تكون عبدا

لابى يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وأبو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها أبلغ فى المقصود وهو

فى حق الصداق لان أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم حينئذ بالمسمى وكان الاشارة تبين وصفه كانه قال عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد اذ معنى الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل فاما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال أبو يوسف وأبو حنيفة يقول لا تأخذ الذاتان حكم الجنسين

البيع يصير ربا والربا حرام بنص الكتاب ولا ربا فى باب النكاح فلم يؤثر الشرط فى ركن العقد فيبقى الركن صحيحا ولغا الشرط (قوله فتعتبر الاشارة لكونها أبلغ فى المقصود) وذلك لان التسمية واقعة على

لجواز أن تكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا الباقى اذا ساوى عشرة دراهم عند أبى حنيفة لانه يعتبر الاشارة والاشارة

(قوله ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له) أقول فان من قال هذه الكلبة طالق لامرأته أو هذا الحمار حر لعبده يقع الطلاق والعتاق

واطلاق الكلبة والحمار تجوز (قوله احداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هى) أقول أى بلا اعتبار الوجود الخارجى لا بلا اعتبار صفة مطلقا فلا ينافى كلامه هنا ما سيذكره فى كتاب البيع ويدل على ما ذكرنا قوله بعد أسطر وانما يدل على صفة فتأمل (قوله وبالذات الخ) أقول فى قوله والاشارة تعرف الذات لا فى قوله موجود فى المشار ذاتا فان لفظ الذات فيه بمعنى نفس الحقيقة من حيث هى بدون الصفة (قوله فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والانثى فى غير الانسان) أقول والمالية فى العبد وحل الانتفاع فى الذكية من الاحكام دون الاوصاف الأن فى الذكر والانثى كلاما لا يخفى (قوله والمعنى كالاسكار الخ) أقول عطف على الصفة (قوله والصفة تتبع الموصوف فى الاستحقاق) أقول أى فى استحقاق الارادة (قوله لانه هو المشار اليه الخ) أقول لم يظهر مما ذكره وجه ترجيح جانب الاشارة على جانب التسمية فان دلالة التسمية على ذات موصوفة بصفة كما أن المشار اليه ذات موصوفة بصفة (قوله لولا الصفة) أقول التى فى المشار اليه (قوله ولم تعتبر الصفة) أقول التى تدل عليها التسمية (قوله تعرف الماهية) أقول التى هى الاصل (قوله فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حرا لعدم الواسطة) أقول فيه بحث لجواز أن يكون جارية كما يجوز أن تكون عبدا اذا ارتفع كونها جارية ويجوز أن يجاب عنه بان يقال المراد ارتفاع الصفة فقط مع بقاء الذات والموصوف وهو فى العبد هو الانسان الذكر وفى الميتة هى الشاة وكذا فى الذكر والانثى منها وفى الخل ماء العنب وفى الجارية هو الانسان الانثى فليتأمل (قال المصنف لابى يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب القيمة) أقول قال ابن الهمام ظاهر كلام الهداية فى التعليلات يقتضى افتراقهم فى مبانى الخلاف لانه خص أبا يوسف بما حاصله سمى لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته فى القيمى والمثل فى المثلى والعبد قيمى والخل مثلى ثم قال وأبو حنيفة رحمه الله يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه اهـ أضاف المصنف فى كتاب البيع هذا الاصل الى محمد واستدل به على مسئلة وفاقية فالاضافة اليه تدل على التخصيص والاستدلال على الوفاقية يدل على الاتفاق والظاهر هو الثانى والتخصيص يجوز أن يكون للتخريج فليتأمل (قال المصنف ومحمد يقول الاصل أن المسمى اذا كان من جنس المشار اليه)

التعريف فكانه تزوج على خمر أو حر ومحمد يقول الاصل أن المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه وليس بتابع له والتسمية أبلغ فى التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فاذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفى مسئلتنا العبد مع الحر

لا يتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل اه وغاية الامر أن يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق فظهر أن لا اختلاف بينهم فى الاصل بل فى اختلاف الجنس واتحاده فلزم أن ما ذكر فى بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام اغماه وعلى قول أبى يوسف وعند محمد المختلفين بالمقاصد وعند أبى حنيفة هو المقول على متحدى الصورة والمعنى ثم لا يخفى أن الالائق كون الجواب على قول أبى يوسف وجوب القيمة أو عبد وسط لان الغاء الاشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا أى على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل أو على هذا الحر فاذا هو عبد أو على هذه الميتة فاذا هى ذكية فلها المشار اليه فى الاصح عند أبى حنيفة وان روى عنه مهر المثل وقدم على أصله وبالاصح عن أبى حنيفة قال أبو يوسف فأوجب الذكية وما معها وأوجب محمد المذكاة ومهر المثل فى الخمر فمر على أصله وأبو يوسف خالف أصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احداهما وبطلت الاخرى فاعتبرت الصحة وصارت الاخرى كان لم تكن وكذا خالف أبو حنيفة الاصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجهه بانه يقول الموجب الاصلى مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا تعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل

المشار اليه لانه قال تزوجتك على هذا فبقى اشكال وهو انه سماه بغير اسمه لكن بهذا لا يمتنع انصراف التسمية اليه لان الشئ قد يسمى باسم مجازه كما يسمى باسم حقيقته ألا ترى أن من قال لامرأته هذه الكلبة طالق أو قال لعبده هذا الحمار حر فانه يعتق وتطلق فلو امتنعت الاضافة اليه تسميته باسم غيره لما وقع الطلاق والعتاق وانما لا يمتنع لان التسمية تحتمل المجاز وأما الاشارة فلا تحتمله فلا يستقيم أن تجعل الاشارة الى عين اشارة الى غيره أما اطلاق اسم عين يجوز على عين آخر مجازا لان الاشارة الى الشئ بمنزلة وضع اليد على ذلك الشئ فلا يتصور أن يكون الوضع على شئ وضعا على شئ آخر فيتعلق الحكم بالمشار اليه ضرورة والمشار اليه ليس بمال فيجب مهر المثل الى هذا أشار فخر الاسلام رحمه الله (قوله والوصف يتبعه) أى فى الاستحقاق كذا فى الاسرار (قوله ومحمد رحمة الله تعالى عليه يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه) فان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى هذا الاصل مجمع عليه انما البيان فى التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان فى حق الصداق لان أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا يتعلق الحكم بالمسمى وهو مال فصارت الاشارة لبيان وصف المسمى كانه قال عبد مثل هذا فى الوصف وكذا فى الخل ومحمد رحمه الله يقول اختلاف الجنس باختلاف معنى الذات وذا لا تفترق فى الحر والعبد اذ منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبرا جنسا واحدا فكانت العبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار كانه قال تزوجتك على هذا أو سكت فاما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان اذ المطلوب من الخل معلوم والمطلوب من الخمر معنى الاطراب فاذا كانا جنسين صار الحكم كما قال أبو يوسف رحمه الله وأبو حنيفة رحمه الله يقول اختلاف الجنس لا يتحقق الا بتبدل المعنى والصورة لان كل موجود من الحوادث موجود بصورته ومعناه فلا يأخذ الذاتان حكم

الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثانى لغوا كأنه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه أبى يوسف ظاهر وكذا وجه محمد لانه فى الجنس الواحد تعتبر الاشارة ولو كانا حرين

أقول هذا الاصل متفق مجمع عليه لكن أبا يوسف يقول العبد المسمى والخل المسمى مال صالح لجعله مهرا والحر والخمر لا يصلحان فكانا جنسين فى المهر وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الذات والمعنيات الخلية والخمرية والرقية والحرية يتصور اثباتهما الذات واحدة على التعاقب فلم يتصور اختلاف الجنس باختلاف المعنيين وباقى التفصيل فى شرح الكافى فعلى هذا اذا تزوجها على هذه الجارية فاذا هى غلام ينبغى أن تعتبر التسمية عند أبى حنيفة لاختلاف الجنس عنده أيضا كما سيجىء فى البيع بخلاف تقرير المصنف فعليك بالتأمل والتتبع

جنس

وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل والمصنف ذكر فى دليل أبى حنيفة قوله لانه مسمى بناء على ما ذكرنا أن الاشارة أبطلت العبد الثانى وقوله (ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل) اعترض عليه بما

جنس واحد لقلة التفاوت فى المنافع والحر مع الخل جنسان لفحش التفاوت فى المقاصد (فان تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا الباقى اذا ساوى عشرة دراهم عند أبى حنيفة) لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل (وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر عبدا) لانه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته (وقال محمد) وهو رواية عن أبى حنيفة (لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد) لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده

(قوله فان تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها عند أبى حنيفة الا الباقى اذا ساوى عشرة) فان لم يساو عشرة كملت العشرة (لانه مسمى ووجوب المسمى) المستحق باصل العقد (وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر) لو كان (عبدا) لانها ما رضيت الا بهما وتعذر تسليم أحدهما فتجب القيمة وقال محمد لها الباقى وتمام مهر مثلها ان لم يبلغ الباقى مهر المثل وهو رواية عن أبى حنيفة فعلى هذا لو بلغ الباقى مهر المثل لا يزاد عليه فمحمد يقول أبى حنيفة لانهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فاذا كان أحدهما حرا ولم يبلغ الباقى مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لهما مقام اختلافيه وهو تعيين الواجب مع الباقى ومقام اتفاقيه وهو عدم الاقتصار على الباقى ولهما فيه الالحاق بالمسئلة السابقة أعنى ما اذا تزوجها على ألف وأن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقى فلم يجب الاقتصار عليه والجواب الفرق بان الفائت فى السابقة لم يستحق باصل العقد مدفوع بان لا أثر لاستحقاق مستحق خاص باصل العقد فى دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيها ليس الا لعدم ارضاها بذلك القدر تسمية اذ لم ترض الا بالكل غير أن الفائت هناك لما لم يتقوم صير الى مهر المثل وهنا

الجنسين المختلفين الا اذا اختلفا صورة ومعنى وصورة الخمر والخل متحدة وكذا صورة الحر والعبد واذا لم يثبت اختلاف الجنس باختلاف المعانى لوجود الاتحاد صورة كان المشار اليه من جنس المسمى فكانت العبرة للاشارة فى الفصلين فصار كانه تزوجها على حر أو خمر أو ميتة فيجب مهر المثل وأبو يوسف رحمه الله خالف أصله فيما اذا كان المشار اليه يصلح مهرا كما اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هى خل أو على هذه الميتة فاذا هى ذكية وقال جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احداهما وبطلت الاخرى اعتبرت الصحة فى الفصلين تفاديا عن المصير الى مهر المثل لانه ضرورى عنده لا يصار اليه الا عند التعذر ولان اعتبار التسمية حال صحتها لا يدل على اعتبارها حال فسادها وأبو حنيفة رحمه الله يقول فيما روى أبو يوسف رحمه الله ان لها المشار اليه لانه من جنس المسمى وهذه الرواية أصح كذا حكى شمس الائمة السرخسى رحمه الله وفى رواية محمد رحمه الله عنه وقد عول عليه لبعض ان لها مهر مثلها لان الموجب الاصلى هو مهر المثل والتسمية أقوى من حيث انها تعرف المعنى والاشارة تعرف الصورة لكن الاشارة أقوى من حيث انها تقطع الشركة ولا تحتمل المجاز بخلاف التسمية ففيما اذا كان المشار اليه لا يصلح مهرا رجحت الاشارة وفيما اذا كان يصلح مهرا رجحت التسمية رعاية للموجب الاصلى وهو مهر المثل فى الفصلين (قوله فان تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا الباقى) وهذه المسئلة مبنية على ما مهدناه من الاصل ووجهه ان عند أبى حنيفة رحمه الله تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو حتى وجب لها مهر المثل كانه لم يسم شيا فههنا تسمية العبد عند الاشارة الى الحر تكون لغوا أيضا فاذا لغت تسمية العبد الثانى صار كانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان وعند أبى يوسف رحمه الله تسمية العبد معتبرة وان أشار الى الحر فاعتبر تسمية العبدين هنا لكنه عجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته ومحمد رحمه الله يقول

قال قبل هذا ولو تزوجها على ألف ان أقام بها الى أن قال وان أخرجها فلها مهر المثل وبما قال فى الزيادات ان الرجل اذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباها ثم ان لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح فغواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل وأما الحر فلم يستحق أصلا وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود

(قوله وجب تمام مهر المثل عنده الخ) أقول وكذا عند أبى حنيفة فلا وجه للتخصيص ظاهرا (قوله يجب العبد وتمام مهر المثل) أقول لانعدام رضاها بالباقى (قوله اعترض عليه بما قال قبل هذا الخ) أقول كيف ينتقض به ولا وجوب للمسمى فيه من حيث انه مسمى لفساد التسمية الثانية تأمل (قوله وهذا يدل على أن ذكر المسمى) أقول والانسب أن يقول وجوب المسمى (قوله وأجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح الخ) أقول جواب عن السؤال الثانى لان شرط عدم الاخراج فاسد لا يستحق بالنكاح ويرد عليه أنه اذا كان مستحقا فلم لا يجبر على ايفائه (قوله يوجب فوات رضاها) أقول بالالف (قوله وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن الخ) أقول فيه بحث فان اتمام التعليل بقيد لم يذكره أولا يعد نقطا اذ كره الشارح فى السلم فراجعه

فاذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل

يتقوم يعني يقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول أبي يوسف من حيث الوجه وقد يجاب بان اجبر الفائت هنالك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به أما ههنا فهي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الاصل الذي ذكرناه فعند أبي حنيفة تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا لغا تسمية أحد العبدين صار كأنه تزوجها على عبد فليس لها غيره وعند أبي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال أبو حنيفة ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر الى مهر المثل لدفع الضرر ولا جواب الا بما قلنا من التزامها الذلك حيث قصرت ان تم والا فالاوجه قول أبي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع اذ العادة مانعة من التردد في أن المسمى حر أو عبد وقريب من هذا ما لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة ان ساوت مهر مثلها أو زادت والا كمل لها مهر مثلها وفي فتاوى الخاصي من علامة العين تزوجها على هذه الاثواب العشرة فاذا هي أحد عشر فان كان مهر مثلها مثل أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى لان المهر احدى العشرتين أجودهما أو أردؤهما فصار كما اذا تزوج على أحد هذين العبدين أما اذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما اذا تزوجها على هذه الاثواب العشرة الهروية فاذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لان في الاولى المنطوق به الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهرا ألا ترى أنه لو تزوجها على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وهذا يجب مهرا وشرح العبارة الاولى أن التزوج انما وقع على عشرة وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن تشتمل غالبا على عشرة هي أجود الاحد العشر وعشرة هي أردأ الاحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر اما أردأها أو أجودها وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة فيحكم مهر المثل فاذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الاحد عشر لرضاها بالنقصان وان كان بين العشرة التي هي الاردأ والعشرة التي هي الاجود تعين أعني مهر المثل كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما وان كان أقل من أردأ العشرتين أو مثلها تعين العشرة الرديئة كما لو كان أقل من أوكس العبدين أو مثله هذا قياس قوله وأما قياس قولهما فصحت التسمية وتعين أردؤهما مطلقا كما عينا أوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة أنه اذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط بخلاف ما اذا وصفها بالهروية لان المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب

الامر كما قال أبو حنيفة رحمه الله ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها ما رضيت بان يتملك بضعها بعبد فيجب المصير الى مهر مثلها دفعا للضرر عنها فان قيل يشكل على هذا ما اذا تزوج امرأة على ألف وعلى ان يعتق أباها ثم لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها فعلم بهذا ان وجوب نصف المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل قلنا ان المرأة انما رضيت بالالف بشرط وفاء ما قرن به وهو عتق أبيها فاذا لم يحصل ذلك المشروط لها صار كأن التسمية لم توجد فيجب مهر المثل وأما العبد الباقي في هذه الصورة فقد رضيت به معنى وذلك لانه لما ظهر ان أحدهما حر صار كأنه تزوجها ابتداء على حر وعبد فلو كان كذلك لا يجب مهر المثل كذا هنا ولان المرأة يلزمها الضرر الكثير هنالك ان لم يكمل مهر المثل لعدم امكان توقيها عنه فكانت مغرورة بشرط الزوج فيجب عليه دفع الغرور بتكميل مهر المثل وفيما نحن بصدده يمكن التعرف عن حال كل واحد من المشار اليهما قبل النكاح فلو لزمها الضرر انما لزمها بتفريط كان منها فكان الضرر أخف

فلو لم يجب لها الى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه أما ههنا فيمكن الوقوف على ما أشار اليه قبل النكاح بالفحص فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها

(قوله فلو لم يجب لها الخ) أقول الزائد على الالف

(واذا)

قال (واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله (هو يعتبره بالبيع الفاسد) يعني أن القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا أصليا فاذا اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلي (ولنا أن المستوفى) أي من منافع البضع بهذا العقد هو (ليس بمال) وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم (وانما يتقوم بالتسمية) والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي أن لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب (لانعدام التسمية) أي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت هل هذا الا تناقض لانك أسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجود قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا انتقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هنالك أيضا ليس بمال ولم (٢٤٣) يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قول زفر وهو واضح

(واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها) لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع (وكذا بعد الخلوة) لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء (فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى) عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه

هروي فلا تبطل تسميته غير أن مقتضى الاصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته والله أعلم (قوله واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) وهو كتزوج الاخت في عدة الاخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الامة على الحرة فان كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لان المهر لا يجب في النكاح الفاسد الا بالدخول وانما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لان التمكن منها فيه منتف شرعا بخلاف الصحيح فانه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لان الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطء شرعا وحسا فان دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع

(قوله وكذا بعد الخلوة) أي لا يجب المهر بعد الخلوة الصحيحة لانه لا يثبت بها التمكن فصار كخلوة الحائض وهذا معنى قولهم الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح (قوله خلافا لزفر) عنده يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان الواجب عند فساد العقد بدل المتلف ألا ترى ان المقبوض بالشراء الفاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت فكذا المستوفى بالنكاح الفاسد (قوله لعدم صحة التسمية) لانها

(قوله لكون كل واحد منهما موجبا أصليا الخ) أقول هذا الكلام لا يفيد الالزام على أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الموجب الاصلي عندهما المسمى كما سبق (قوله ولنا أن المستوفى أي من منافع البضع بهذا العقد الخ) أقول أي العقد الفاسد الذي سمي فيه المهر والا فالنكاح الفاسد اذا لم يسم فيه مهر يجب مهر المثل لها بالغا ما بلغ على ما صرحوا به (قوله هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم الخ) أقول يشير الى

أنه معدولة حتى يوجد ايجاب الصغرى (قال المصنف لعدم صحة التسمية) أقول أي من كل وجه وهذا التعليل على هذا التقرير يختص بمذهب أبي حنيفة والا فعندهما الموجب الاصلي هو المسمى الا أن لا تصح التسمية أصلا فيعدل الى مهر المثل وقد مر فيما سبق (قال المصنف لانعدام التسمية) أقول أي تسمية الزيادة على المسمى قال ابن الهمام لعدم التسمية أي لانها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة الى تمامه حيث لم تسم تمامه الى آخر ما ذكره فراجعه فانه مفيد جدا (قوله ولا بد من تقوم المستوفى الخ) أقول لا يخفى عليك مناقضة آخر كلامه لاوله فان المستفاد من أوله أنه غير متقوم لا في نفسه ولا بالتسمية لبطلانها ومن آخره أنه متقوم في نفسه بدون التسمية مع أنه حصر تقومها أولا في كونه بالتسمية فليتأمل فانه يجوز أن يقال انه قصر اضافي بالنسبة الى تقومه في نفسه بحسب عرف التجار ألا ترى أنه لا يتقوم في الزنا ولا كذلك المبيع ويجوز أن يقال مراده في الاول انه غير متقوم في عرف التجار كالمبيع فلا يناقض لآخره والمراد أنه غير متقوم بتنصيص الشارع كما هو الظاهر من تقريره وفيه بحث (قوله فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة) أقول قوله هو راجع الى مثل في قوله في مثل هذا العقد (قوله قلت هي صحيحة من وجه دون وجه الخ) أقول فعلى هذا يكون التعليل مختصا بأبي حنيفة والا فعندهما اذا صحت التسمية من وجه لا يصار الى مهر المثل كما سبق غير بعيد الا أن يقال ذلك في النكاح الصحيح فليتأمل (قوله وانما قيدت المستوفى الخ) أقول لا يفيد ذلك التقييد في دفع الانتقاض اذ المنتقض هو الكبرى وهي على حالها

فيتقدر بدله بقيمته

الفاسد حيث تجب فيه القيمة اذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية وأورد عليه لزوم التناقض لانك أسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه فان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة فشمول الوجود وأجاب المورد بانها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا نقصت لانضمام رضاها والحق أن هذه التسمية ليست الا فاسدة وقد صرح المصنف ببطلانها اذ ليس معنى فساد التسمية الا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها و بفسادها وجب المصير الى مهر المثل لانه القيمة للبضع شرعا وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية أي لانها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة الى تمامه حيث لم تسم تمامه واذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد الى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا و بين زفر رحمه الله غير أنه يوجبه بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال أن يقال سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت باسقاط بعض حقها ونترك باقي المقدمات لانه لا حاجة اليها بل لا تصح لان قوله انما يتقوم بالتسمية ان أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وان أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل غير أنه اعتبر حطها فان قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى اذا زاد على مهر المثل فالجواب أنا لو أوجبناه فاما لانه مسمى وقد بطل واما لرضاها ومجرد الرضا بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لانه لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لانه اسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما في الترمذي وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل أصلا في كل نكاح فاسد هذا بعد ما فيه مما قدمناه في باب الاولياء والاكفاء *(فروع)* لا يصير محصنا بهذا الدخول الا عند أبي ثور وأجمعت الامة على أنه لا يكون محصنا في العقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما اذا تكرر وطء الابن لجارية الاب وادعى الشبهة فانه يلزمه بكل وطء مهر والاصل أن الوطء في غير الملك ان كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدده ففي جارية الاب وجارية الزوجة اذا وطئها الزوج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن اذا وطئها الاب والمكاتبة اذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد أو في النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته وأما اذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكره في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين والدي يقول يتعدد المهر لانه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الاب في حق الابن ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة ولو زنى بامرأة فتزوجها وهو مخالطها أتم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان طلقها في الحال لان هذا أكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر

بناء على العقد وقد فسد العقد فيفسد ما بني عليه

(وعليها)

وقوله (وعليها العدة) يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة و يعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله (الحاقا للشبهة بالحقيقة) أي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه (في موضع الاحتياط) وكان قوله (وتحرزا عن اشتباه النسب) تفسير الاحتياط بطريق العطف (و يعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت) وقال زفر يعتبر من آخر الوطآت حتى اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول زفر وقوله (لانها تجب باعتبار شبهة النكاح) يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول (و) شبهة النكاح (رفعها بالتفريق) وقوله التفريق في موضعين يشير الى أنه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض فاما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما واما أن يكون وضع المسئلة فيما اذا رفعا حكمهما الى الحاكم وقوله (و يثبت نسب ولدها) ظاهر مما تقدم

(وعليها العدة) الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب و يعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق (و يثبت نسب ولدها) لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره

واحد وان استحق نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حد ودخواهر زاده الصبي اذا زنى بصبية فعليه المهر وان أقر بذلك لا مهر عليه واذا زنى الصبي ببالغة مكرهة فعليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت أمة صبيا والمراد من المهر العقر (قوله وعليها العدة) يعني اذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لانها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد و ينبغي أن لا يجب عليها الاحداد في الاصل فيما اذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهرها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد و يجب المهر قال في الكتاب وعليها العدة و يثبت نسب ولدها منه ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحوه قضى (١) رضي الله عنه ولان الاحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولان النفقة التي كانت واجبة باصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة ههنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته الى انقضاء عدتها (قوله و يعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح) احترازا عن قول زفر لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمتاركة اذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع الا بما قلنا ولا تتحقق المتاركة الا بالقول بان يقول تاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين قاضيخان هذا في المدخول بها أما في غيرها فيتفرق الابدان بان لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا روى ذلك عن أبي يوسف واختار الصفار قول زفر حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو المتاركة لم تنقض و يجب أن يكون هذا كله في القضاء أما فيما بينها و بين الله تعالى فاذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا ينبغي أن يحل لها التزوج فيما بينها و بين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتابي وفي الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد (قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء والاقامة) أي اقامة العقد مقام الوطء (باعتباره) وهذا جواب عن قياسهما على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير اذن مولاها ودخل بها وجاءت

(قوله وعليها العدة) أي في التفريق بعد الدخول كذا في المتاركة و يعتبر ابتداؤها من وقت التفريق وقال زفر رحمه الله من آخر وطء وطئها الان وجوب العدة بسبب الوطء فيعتبر آخر الوطآت

قوله (وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد) وقال أبو حنيفة وأبو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد (لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره) أي اقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع الى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة الى فساد قياس أبي حنيفة وأبي يوسف

(قوله تفسير الاحتياط بطريق العطف) أقول فيه شئ (١) هكذا بياض ببعض النسخ وكتب عليها انظر من القاضي اهـ كتبه مصححه

وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوى أيضا فى البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة (واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) لانه من أهل الالتزام وقد أضافه الى ما يقبله فيصح (ثم المرأة بالخيار فى مطالبتها زوجها أو وليها) اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولى اذا أدى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم فى الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت المزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولى سفير ومعبر فى النكاح وفى البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند أبى حنيفة ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا

فان لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفى شرح الطحاوى مهر مثل الامة على قدر الرغبة (قوله واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) بقيد كون الضمان فى الصحة أما فى مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه فى مرض موته ويشمل ولى الصغير اذا زوجه وضمن عنه وولى الصغيرة اذا زوجها وضمن لها وقوله (ثم المرأة بالخيار فى مطالبتها زوجها أو وليها) هو على التقدير الثانى وقوله (ويرجع الولى اذا أدى على الزوج ان كان باذنه) يفيد أن الزوج أجنبى أو فى حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا أدى عن ابنه الصغير فيما اذا زوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار اللهم الا أن يشهد أنه دفع ليرجع فى أصل الضمان (قوله ثم المرأة بالخيار فى مطالبتها) يعنى اذا بلغت (زوجها) يعنى اذا كان بالغا وان لم يكن بالغا فانما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما فى شرح الطحاوى والتتمة وذكرنا أنه اذا أدى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع فى أصل الضمان ولا يخفى أن هذا مقيد بما اذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور فى المنظومة فى باب جواب مالك من أنه يضمن الاب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف اطلاق شرح الطحاوى وذكر فى المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال انما ينفك عن ايفاء المهر فى الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا هو المعول عليه وان ضمن الوصى يرجع مطلقا فلو لم يؤد الاب فى صورة الضمان حتى مات فهى بالخيار بين أخذها من تركته وبين مطالبة زوجها فان اختارت التركة فاخذت أخذ باقى الورثة الرجوع فى نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لان هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه اذ لا يعتبر اذنه ولو أذن وعن أبى يوسف كقوله فيما ذكره الولوالجى قلنا بل صدرت بامر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته بخلاف ما اذا أدى عنه فى حياته لان تبرع الآباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون وكذا يرجعون اذا أدى فى مرض موته والمجنون كالصبى فى جميع ذلك لانه مولى عليه سواء كان الجنون أصليا أو طارئا وانما صح ضمان وليها اذا كان أبا أو جدا مع أنه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لان الولى فى النكاح وان باشر سفير كالوكيل به بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لانه مباشر فترجع الحقوق اليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم فى الرد بالعيب ويتسلم المبيع ويصح تاجيله وابراؤه من الثمن عند أبى حنيفة ومحمد ويضمن مثله فى ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضى فان قيل لا نسلم عدم رجوعها اليه فى النكاح ألا ترى أن له المطالبة بمهرها أجاب المصنف بقوله (وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد) لانه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها اذا نهته صريحا أما اذا لم تنهه فله المطالبة

(قوله باختلاف الدار) أى البلد (قوله واذا ضمن الولى) أى ولى المرأة (قوله ويصح ابراؤه) أى ابراء الولى المشترى وكذا الوصى وهذا اذا أخذ أو أبرأ ما هو واجب للصبى بعقدهما وأما اذا لم يكن واجبا بعقدهما لا يجوز بالاجماع (قوله ويملك قبضه) أى يملك الولى قبض الثمن بعد بلوغ الصغير (قوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة) وهذا جواب سؤال مقدر بأن يقال ان الاب يملك قبض الصداق أيضا كالوكيل

وقوله (باختلاف الدار) أى البلد وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن السن وقت التزوج (واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) يعنى اذا زوج الولى ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح (لانه من أهل الالتزام وقد أضاف الضمان الى ما يقبل الضمان) وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز أن يكون مراده أن الولى زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة قلت ينبو عنه قوله ثم المرأة بالخيار وان كانا فى الصحة سواء وذكر فى باب الوليمة من شرح الطحاوى أن الاب اذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطالب بالمهر من أبى الزوج فيؤدى الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله (ثم المرأة بالخيار) ظاهر وقوله (ويصح ابراؤه) أى ابراء الاب المشترى وكذلك الوصى (ويملك قبضه) أى يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله (وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة)

(قوله ذكر فى باب الوليمة من شرح الطحاوى أن الاب اذا زوج الصغير امرأة الخ)

قال (ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات أعمامها) لقول ابن مسعود لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن أقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه (ولا يعتبر بأمها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا فان كانت الام من قوم أبيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها (ويعتبر فى مهر المثل أن تتساوى المرأتان فى السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر) لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف

ولد لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا قال شيخ الاسلام تاويل هذا أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال فى الغاية قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الاحوط فى النسب من وقت التفريق أيضا لا من وقت النكاح لان العدة للنسب قال شارح الكنز هذا وهم لانهم انما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد اقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولا قل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما فى الصحيح ولا ينافى ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا ترى أنها لو جاءت بولد لا كثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهى معه ثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه ويجب المهر والعدة فى رواية عن أبى يوسف وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر وان لم يخل بها لا يلزمه الولد اهـ والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف (قوله لقول ابن مسعود لها مهر مثل نسائها) قاله فى المفوضة وقدمنا تخريجه وقوله (وهن أقارب الاب) ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على أن الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس أبيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان أبوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو فى قوله ولان الانسان من جنس قوم أبيه ليكون وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن أقارب الاب ظاهرا وهذا الان جعله وجها مستقلا يصح الا أنه حينئذ لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة أقارب الاب بل كما يصح أن يقال لعماتها وأخواتها نساؤها يصح أن يقال لخالاتها أيضا وأخوات الامها فانما يرجح جهة ارادة الاب المقدمة المذكورة (قوله ويعتبر فى مهر المثل أن تتساويا فى الجمال) يعنى بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وأدبا وكمال خلق وعدم ولد وفى العلم أيضا فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر بمهرها لان البلدين تختلف عادة أهلهما فى المهر فى غلائه ورخصه فلو زوجت فى غير البلد الذى زوج فيه أقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف بل فى أوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال الزوج أيضا أى بان يكون زوج هذه كازواج أمثالها من نسائها فى المال والحسب وعدمهما فان لم تكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات فاجنبية موصوفة بذلك وفى الخلاصة ينظر فى قبيلة أخرى مثلها أى مثل قبيلة أبيها وعن أبى حنيفة لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها أقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفى المنتقى يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة

حتى لو حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة ولنا أن السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ألا ترى أنه لو وطئها قبل التفريق لا يجب الحد وبعده يجب فلا تصير شارعة فى العدة ما لم ترتفع الشبهة بالتفريق (قوله ومهر مثلها يعتبر باخواتها) أى التى من قبل أبيها وقال ابن أبى ليلى يعتبر بامها وقوم أمها كالخالات (قوله من أقارب الاب) من تتمة قول ابن مسعود رضى الله عنه كذا فى فوائد حميد الدين رحمه الله (قوله والدين) أى الديانة

قال (ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها) اعلم أن مهر المثل يعتبر بعشيرتها التى من قبل أبيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن أبى ليلى يعتبر بامها وقوم أمها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود (لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الاب) لانه أضاف اليها وانما يضاف الى أقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الام قد تكون أمة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها (ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها) بان يكون أبوها تزوج بنت عمه فان أمها وخالتها تكون من قبيلتها وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه وقوله (ويعتبر فى مهر المثل) ظاهر

وكذا

انفسه قال (وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها) أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل منه لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء

بخلاف البيع فان له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عندنا خلافا لزفر وأبي يوسف في قوله الاخير وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الاولياء والاكفاء فارجع اليها ومما لم نذكره هناك لو قبض الاب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ان كانت بكرا لم يصدق الا ببينة لان له حق القبض وليس له حق الرد وان كانت ثيبا صدق لان حق القبض ليس له فاذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع اذا قال رددت الوديعة (قوله وللمرأة أن تمنع نفسها) من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني ولا يتعين حقها الا بالتسليم وهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الدين أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله (أي المعجل منه) يتناول المعجل عرفا وشرطا فان كان قد شرط تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه وان لم يشترط تعجيل شيء بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله فان كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه الى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحتبس الا الى تسليم ذلك القدر قال في فتاوى قاضيخان فان لم يبينوا قدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرط تعجيل الكل اذ لا عبرة بالعرف اذا جاء الصريح بخلافه ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه فما وقع في غاية البيان من اطلاق قوله فان كان يعني المهر بشرط التعجيل أو مسكوتا عنه يجب حالا ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا وللاب أن يسافر بالبكر قبل ايفائه في الفتاوى رجل زوج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحول الى بلد آخر بعياله فله أن يحملها معه وان كره الزوج فان أعطاها المهر كان له أن يحبسها (قوله وليس له حق الاستيفاء) كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه ايفاء فكما أن له استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع بضعها وحينئذ فقد يقلب هذا الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب أن هذا وقع في تعليل حبسه اياها الان ثبوته له للاستيفاء فعلى هذا كل منهما لو طولب بايفاء ما عليه كان له الامتناع الى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود مثلا لو طالبها بايفاء الدخول فقالت حتى أستوفي المهر فكان له أن يقول لا أوفيه حتى أستوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب أن هذا التعليل بعد الالحاق بالبيع وأن البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت أن في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ومثله لا يتأتى في النكاح اذا كان المهر عبدا معينا مثلا ولا في معية الخلوة لا طلاق الجواب بان لها الامتناع الى أن تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها عن الزوج الى أن يعطي المهر ولو زوجها غير الاب والجد كالعم وهي صغيرة ليس له أن يسلمها الى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها فالتسليم فاسد وترد الى بيتها لانه ليس للعم ولاية ابطال حقها كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطفي ولو ذهبت الصغيرة الى بيته بنفسها كان لمن كان أحق بامساكها قبل التزوج أن يمنعها حتى يعطيه ويقبضه من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت

علك قبض الثمن فلوصح الضمان يصير ضامنا لنفسه فاجاب بان ولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد (قوله كما في البيع) للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا للمرأة حق حبس المعقود عليه في النكاح وهو منافع البضع (قوله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق) أي حق حبس المرأة للزوج

قبل

بجواب عما يقال ان الاب علك قبض الصداق أيضا كالوكيل علك قبض الثمن فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الاب وقوله (وللمرأة أن تمنع نفسها) أي اذا تزوج امرأة على مهر فاما أن يكون المهر كله معجلا أو مؤجلا أو بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما أن دخل بها أو لم يدخل فان لم يدخل بها فللمرأة أن تمنع نفسها (حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه عن اخراجها) الى السفر (ليتعين حقها في البدل) وهو المهر (كما تعين حقه في المبدل) وهو البضع (فصار كالبيع) في أن البائع له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين (وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء

أقول قال صاحب المنظومة في باب فتاوى مالك رحمه الله ومنكح الابن الصغير يغرم صداقه حين الصبي معدم وفي شرحه زوج ابناله صغيرا امرأة بمهر معلوم والابن فقير فالمهر على الاب عنده وعندنا لا الا أن يضمن الاب اه

قبل الايفاء) وان دخل بها فنذكره وان كان الكل مؤجلا فاما أن دخل بها أو لم يدخل فان لم يدخل بها فليس لها أن تمنع نفسها لانها أسقطت حقها بالتأجيل وفيه خلاف أبي يوسف قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه الى أن يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن أولا ليس من موجبات البيع لا محالة ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم أحد البدلين أولا فلم يكن المشتري راضيا بتأخير حقه في المبيع الى أن يوفي الثمن وقوله (لاسقاطها حقها بالتأجيل) فاطلاقه يشير الى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية أما قبل الحلول فظاهر وأما بعده فلأن هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند أبي حنيفة ومحمد فلأن لا يكون لها ذلك بعده أولى قوله (وان دخل بها) يعني في الوجه الاول (فكذلك الجواب عند أبي حنيفة) (٢٤٩) يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ

قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف أبي يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وقالا ليس لها أن تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله أنها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع

للصغيرة وليست هي من أهل الرضا *(فرع)* اذا كان يسكن في بيت الغصب لها أن تمتنع من الذهاب اليه فيه ولا تسقط به نفقتها (قوله ولو كان المهر كله مؤجلا) مدة معلومة أو قليلة الجهالة كالحصاد ونحو بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المتفاحشة كالى ميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا (ليس لها أن تمنع نفسها) قبل الحلول ولا بعده لان هذا العقد ما أوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده وكذا لو أجلته بعد العقد مدة معلومة (لاسقاطها حقها بالتأجيل) كما في البيع اذا أجل الثمن ليس له منع المبيع الى غاية القبض (وفيه خلاف أبي يوسف) فيما رواه المعلى عنه لان موجب النكاح تسليم المهر أولا فلما رضي بتأجيله كان راضيا بتأخير حقه لعلمه بموجب العقد بخلاف البيع فان تسليم الثمن أولا ليس من موجباته كما في المقايضة واختار الولوالجي الفتوى به وهذا اذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق (قوله وان دخل بها) قبل الايفاء راضية وهي ممن يعتبر رضاها (فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) أي لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما وأجمعوا أنه لو دخل بها كارهة أو صغيرة أو مجنونة فبلغت وصحت وزال الاكراه يكون لها حبس نفسها بعده (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها) لا تسقط حقها في حبس

لاستيفاء المستحق بعقد النكاح وليس له حق الاستيفاء قبل ايفاء المهر (قوله لاسقاط حقها بالتأجيل) كما في البيع اذا كان الثمن مؤجلا ليس للبائع حق حبس المبيع (قوله ويبتنى على هذا استحقاق النفقة اذا منعت نفسها) فعنده لها النفقة لانها ليست بناشزة لان الامتناع بحق وعندهما لا نفقة لها لانها ناشزة (قوله لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه) المعقود عليه هنا في حكم العين حتى لا يصح فيه التوقيت وقد صار مسلما بالوطئة الواحدة برضاها أو بالخلوة الصحيحة وبالمنع تصير مستردة والثابت لها حق المنع عن التسليم لا حق الاسترداد بعد التسليم (قوله وله) أي لابي حنيفة رحمه الله انها منعت منه ما قابل البدل لو سلم البائع

المحترم) واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز أن يكون معارضة وتقريره أنها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم والتصرف فيه لا يخلى عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح وقوله (والتأكيد بالواحدة) أي بالوطأة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا

المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها أما اذا كانت مكرهة أو صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) ان كانت (برضاها) فعلى الاختلاف وان كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق (ويبتنى على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة (لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر) وتسليمه ينفي حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وقوله (وله أنها منعت منه) جاز أن يكون مناقضة وتقريره أنا لا نسلم أن المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة فانها منعت منه (ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع

وفي شرح الكاكي الصغير اذا زوجه أبوه فللمرأة أن تطالب الاب بالمهر وان لم يضمنه باللفظ ذكره في شرح الطحاوي والتتمة اه وظن بعضهم المخالفة بين ما في المنظومة وما نقله الكاكي من اطلاق شرح الطحاوي والظاهر أن ما أجمله وأطلقه الكاكي هو ما فصله الشارح أكمل الدين في النقل فلا يتوجه حديث المخالفة حينئذ (قوله قال موجب النكاح عند الاطلاق الخ) أقول يعني عن التعجيل والتأجيل (قوله تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا) أقول ممنوع فان صاحب الغاية نقل عن المحيط أنه ان كان المهر عينا يتقابضان كما في بيع المقايضة ثم أقول ان كان

كان لها أن تخرج قبل أداء المعجل فاذا أدى لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقد أشير الى ذلك فى دليل أبى يوسف آنفا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله (واذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها) وهو قول الفقيه أبى الليث (لان الغريب يؤذى) قال ظهير الدين المرغينانى الاخذ بقول الله تعالى أولى من الاخذ بقول الفقيه أبى الليث ورد بان الفقيه هو الذى أخذ بقول الله تعالى لان قوله من حيث سكنتم دليل مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله ولا تضاروهن (وفى قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة) سئل أبو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك تبوئة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بتبوئة قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر) هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما أن يكون فى حياتهما أو تختلف الورثة بعد مماتهما أو يكون بعد موت أحدهما فان كان فى حياتهما فاما أن يكون قبل الطلاق أو بعده وكل ذلك على وجهين اما أن يكون الاختلاف فى أصل التسمية أو فى مقدار المسمى أما اذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أو بعد موت أحدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها أو ورثتها والقول قول الزوج أو ورثته فى الزيادة

المراد بالدين فى قوله أو دينا هو الدراهم والدنانير كما هو الظاهر فلا يقاس حال شرط التأجيل على حال الاطلاق (قوله فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا الخ) أقول وفى الغاية فى الواقعات تزوجها على مهر فارادت منع نفسها حتى تأخذ المهر كله ليس لها فى عرفنا الان البعض معجل والبعض مؤجل فى عرفنا والمعروف كالمشروط وينظر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر وكم يكون المؤجل منه فيقضى بالعرف الا أن يشترط تعجيل الكل فى العقد وهكذا فى فتاوى قاضيخان وغيره وفى الاسبيجابى ان كان المهر معجلا أو مسكوتا عنه فانه يجب حالا لان النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه فى الزوجة فوجب أن يتعين حقها وذلك بالتسليم اهـ هو

ثم أقول فظهر أن جواب الشارح موافق لما ذكره الاسبيجابى ويخالف لما أثر الكتب

جميعها واذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفى قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله فى نصف المهر وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف القول قوله قبل الطلاق وبعده الا أن يأتى بشئ قليل) ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها

نفسها عنده خلافا لهما (قوله واذا أوفاها مهرها) أو كان مؤجلا (نقلها الى حيث شاء) من بلاد الله وكذا اذا وطئها برضاها عندهما (وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى) واختاره الفقيه أبو الليث قال ظهير الدين المرغينانى الاخذ بكتاب الله أولى من الاخذ بقول الفقيه يعنى قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم وأفتى كثير من المشايخ بقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى ولا تضاروهن بعد أسكنوهن والنقل الى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها وأطرافه والقرى القريبة التى لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر وقال بعض المشايخ اذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان رجلا مأمونا فله نقلها (قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا) الاختلاف فى المهر اما فى أصله أو فى قدره وكل منهما اما فى حال الحياة أو بعد موتهما أو موت أحدهما وكل منهما اما بعد الدخول أو قبله فان اختلفا فى حال الحياة فى قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه وان لم يكن من جهة أحد بان كان بين الدعويين تحالفا ويعطى مهر المثل هذا قول أبى حنيفة ومحمد على تخريج الرازى وعلى تخريج الكرخى

بعض المبيع الى المشترى لا يسقط حقه فى حبس ما بقى منه (قوله لان الغريب يؤذى) وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وكثير من المشايخ على انه ليس للزوج أن يسافر بها فى زماننا وان أوفاها المهر لان الغريب ممتهن ولكن ينقلها الى القرى أين أحب لانه لا يتحقق غربة وعليه الفتوى وله أن ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية (قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر) فهذه المسئلة على وجوه اما ان اختلفا فى حياتهما أو بعد موتهما اختلف ورثتهما أو بعد موت أحدهما فان اختلفا فى حياتهما فلا يخلو اما ان اختلفا قبل الطلاق أو بعده وكل ذلك على وجهين أما ان كان الاختلاف فى أصل التسمية أو لم يكن أو فى مقدار المسمى أما اذا وقع الاختلاف فى مقدار المسمى فى حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أو موت أحدهما كان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها أو ورثتها فالقول قول الزوج أو ورثته فى الزيادة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى وجب مهر المثل بالاجماع ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول قول ورثة الزوج ولا يستثنى القليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب فى حال الحياة وان كان فى أصل المسمى فعند أبى حنيفة رحمه الله القول قول من أنكره ولا يحكم مهر المثل عنده بعد موتهما (قوله ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها) هو الصحيح وقال بعضهم أن يدعى ما دون

هو الصحيح لابى يوسف أن المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا أن يأتى بشئ يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضرورى فمتى أمكن ايجاب شئ من المسمى لا يصار اليه ولهما أن القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلى فى باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله فى نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل

يتحالفان فى الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال أبو يوسف القول للزوج مع يمينه فى الكل الا أن يأتى بشئ قليل وفسره المصنف وجماعة بان يذكر ما لا يتعارف مهرا لها وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول من قال ان يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا أعنى أن يذكر ما دون العشرة لانه ذكر هذا اللفظ فى البيع فيما اذا اختلفا فى الثمن بعد الهلاك فالقول للمشترى الا أن يأتى بشئ مستنكر وليس فى الثمن تقدير شرعى وقد يقال ذلك لتعيين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر أما ههنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل فى المستنكر عرفا فان ما يستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا أن ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا أو شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لان العشرة فى كونه مهرا شرعا لا يتجزأ وتسمية بعض ما لا يتجزأ شرعا كتسمية كله فلا يتصور حينئذ أن يأتى بالمستنكر وليس هذا بشئ لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة ولا تيانه بما يستنكر فقد تصور وورج الوبرى تفسير هؤلاء البعض بانه ذكر فى الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوجها على مائة وهى تدعى ألفا ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبى يوسف لانه لولا الشهادة لكان القول قوله ولم تجعل المائة مستنكرا فى حقها يعنى مع أن تسمية العشرة مستنكرة فيمن قيمتها عشرة أمثالها وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور وفى تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه على ما فى الاصل والجامع الصغير وقال أبو يوسف القول للزوج الا أن يأتى على ما مر ولا خلاف بينهم فى أن القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف فى غير موضع وكما يفيده قول المصنف فى التعبير عن أبى يوسف الا أن يأتى بشئ يكذبه الظاهر فنفى كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما الخفاء والاشتباه الظاهر ههنا أنه مع من فقالا مع من يشهد له مهر المثل لان الغالب فى المسمى فى الانكحة أن لا يكون أقل منه وهذا أوجه من قول المصنف لانه الموجب الاصلى لان كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا وقال أبو يوسف مع من يشهد له الاصل ببراءة الذمة وانما اعتبر الشاهد هنا مهر المثل لانه القيمة الضرورية للبضع اذ كان ليس مالا وانما يتقوم اظهارا لشرفه فيتقدر بقدر الضرورة وهى فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وهنا تيقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفى دعواها وصار كالاختلاف فى قدر المسمى فى الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم أجرة المثل لان تقوم المنافع ضرورى فلم يصر اليه حيث أمكن المصير الى المسمى فكان القول لمن يدعى الاقل فكذا هذا وهما يقولان تقومه شرعا اظهارا للخطر يوجب الرجوع اليه عند التردد فى المسمى لا ينفيه بل هو أحق من التقوم الذى يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف هذا وأما القصار ورب الثوب اذا اختلفا فى الاجرة فليس لعمله موجب فى الاجر بدون التسمية ليصار الى اعتباره وللنكاح موجب فهو أشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب فى القدر بما ذكرو فيه تحكم قيمة الصبغ وأما قوله تيقنا التسمية وهى ما أقر به الزوج فليس بذلك بل المتيقن أحدهما غير عين وهو لا ينفى الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء باحدهما عينا (قوله ثم ذكر هنا) أى فى الجامع الصغير أن القول للزوج فى نصف المهر اذا طلقها

العشرة والصحيح أن يدعى شيأ قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة بذلك المهر عادة لانا نجعل القول قوله

فى قول أبى حنيفة ومحمد وكلامه فى تحرير المذاهب ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا فى تفسير قول أبى يوسف ان المراد به ما يكون دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر أقل من عشرة دراهم والاصح أن مراده أن يدعى شيأ قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ فى البيع أيضا اذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشترى الا أن يأتى بشئ مستنكر وليس فى الثمن تقدير شرعا وقوله (لا يصار اليه) أى الى مهر المثل

(قال المصنف ولهما الى قوله لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلى فى باب النكاح) أقول هذا مخالف لما سبق قبل ورقة فراجعه ويجيء فى أول فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال أن مهر المثل هو الموجب الاصلى

وقوله (وهو قياس قولهما) أى قول أبى حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر لان عند أبى يوسف القول قول الزوج فى جميع الصور وقوله (لان المتعة موجبه بعد الطلاق) أى موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول (كمهر المثل قبله) أى قبل الطلاق (فتحكم) المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله وقوله (ووجه التوفيق) أى بين رواية الجامع الكبير و بين روايتى المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله (فالقول قوله) يعنى مع اليمين لان الاصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالفى درهم كما لو أقر لان النكول اقرار (وان كان ألفين أو أكثر فالقول قولها) أى مع يمينها لان الزوج يدعى عليها الحط وهى تنكر فان نكلت يقضى

بالف درهم لانها أقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفى درهم ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف وألف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا أنه يخير الزوج فى هذا الالف ان شاء أعطى الدراهم وان شاء أعطى الدنانير (وأيهما أقام البينة فى الوجهين) أى فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة (تقبل وان أقاما البينة فى الوجه الاول) وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للزوج (تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفى الوجه الثانى) وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل (بينته لانها تثبت الحط) والاصل فى هذا أن البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا (وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا) لان الزوج يدعى عليها الحط عن مهر المثل وهى تنكر والمرأة تدعى عليه الزيادة وهو ينكر و ينبغى أن يقرع القاضى بينهما فى البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحا وان نكلت المرأة وجب المسمى ألف لانها أقرت بالحط وان حلفا جميعا وجب ألف وخمسمائة هذا ألف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما يقضى بالف وخمسمائة ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد فى هذا

وذكر فى الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبه بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو و وجه التوفيق أنه وضع المسئلة فى الاصل فى الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ فى العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعوا فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور فى الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور فى الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا فى حال قيام النكاح أن الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله وان كان ألفين أو أكثر فالقول قولها وأيهما أقام البينة فى الوجهين تقبل وان أقاما البينة فى الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفى الوجه الثانى بينته لانها تثبت الحط ولن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب ألف وخمسمائة

قبل الدخول وكذا فى الاصل وفى الجامع الكبير تحكم المتعة وقد قدمناه و وجه التوفيق ظاهر من الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا فى موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعترافه و يعطى نصف مهر المثل و وجه ما ذكر أن المتعة موجبه بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل وقد يمنع بان المتعة موجبه فيما اذا لم يكن فيه تسمية وههنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج و يحلف على نفى دعواها الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف ولهذا قيل فى المسئلة روايتان لكن ما ذكر فى جواب قول أبى يوسف آنفا يدفعه (قوله وشرح قولهما) اذا ادعى ألفا وهى ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوجها على ألفين فان حلف لزمه ما أقر به تسمية أى لا يتخير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهبا وان نكل لزمه ألفان مسمى لان النكول اقرار أو بذل على الخلاف وكلاهما

بشهادة الظاهر له وقد ادعى خلاف الظاهر ههنا فلم يصدق ودعوى أقل من عشرة دراهم كدعوى العشرة لانها لا تتجزى فى باب النكاح وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله فاذا كان الدعوى ما دون العشرة كدعوى العشرة صار كانه ادعى العشرة وهى تدعى الالف فعلى قوله يكون القول قوله لان ما يدعيه ليس بقليل شرعا (قوله والمذكور فى الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار) فانه قال تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر فيحمل على ما هو المذكور فى الاصل وهو ان يختلفا فى الالف والالفين (قوله وشرح قولهما) أى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فان مهر المثل يجعل حكما عندهما فان شهد لاحدهما فالقول قوله مع يمينه فان قيل اذا اختلفا المتبايعان فى الثمن وقيمة المبيع يشهد لاحدهما لا يعتبر قوله وان شهد له الظاهر قلنا القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد فافترقا (قوله وان أقام البينة فى الوجه الاول) وهو ما اذا ادعى الزوج الالف ومهر مثلها الالف (قوله وفى الوجه الثانى بينته) وهو ما اذا كان مهر مثلها ألفين والمرأة تدعى ذلك لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر البينة بينة ما يثبت خلاف الظاهر (قوله واذا حلفا يجب ألف وخمسمائة ألف) مسمى لا يجبر الزوج فيه وخمسمائة باعتبار مهر المثل يجبر فيها الزوج ويجب أن يقرع بينهما فى البداءة لعدم الرجحان لاحدهما

(قوله لان النكول اقرار) أقول عند أبى يوسف ومحمد فلا يناسب قول أبى حنيفة والاظهر أن يقال اقرار أو بذل (قوله فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسمائة) أقول بل يقضى بالفين على ما عرف أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر

الفصل أن بينة المرأة أولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبى بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه أبينهما انكارا وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات (هذا تخريج الرازى وقال الكرخى يتحالفان فى الفصول الثلاثة) على قول أبى حنيفة ومحمد وهو أن يكون مهر المثل شاهدا له أو شاهدا لها أو كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على أصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول أبى بكر أصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل فى الدعاوى أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه (ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى) بان ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية (و يجب مهر المثل بالاجماع) المركب أما عندهما فلانه الاصل فى التحكيم وأما عند أبى يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا

هذا تخريج الرازى وقال الكرخى يتحالفان فى الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه

يقتضيه تسمية وان كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوجته على ألف وان نكلت فلها ما أقر به تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها الدفع الحط الذى يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت فى الوجهين فيما يدعيه هو تسمية فان أقاماها فبينتها أولى فى الوجه الاول لاثباتها الزيادة و بينته فى الثانى لاثباتها الحط ونص محمد فى هذا أن بينتها أولى لاثباتها الزيادة كالفصل الاول كذا فى جامع قاضيخان وجه الاول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما أثبتت بينتها تعينها دراهم وذلك وصف فى الثابت و بينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهى المثبتة للزيادة بطريق الاصالة فكانت أكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعوين ألفا وخمسمائة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع فى النهاية من أن الزوج اذا نكل يلزمه ألف وخمسمائة كانه غلط من الناسخ وان حلف يجب مهر المثل قدر ما أقر به تسمية والزائد يخير فيه فان أقام أحدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان أقاماها تهاترتا فى الصحيح لاستوائهما فى الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لان بينة كل منهما تنفى تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر قاضيخان أنه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازى وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخى يتحالفان فى الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والاحسن أن يقال يتحالفان ثم يعطى مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف ينتفى بيمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب حينئذ مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازى أولى لانا لا نحتاج الى مهر المثل للايجاب بل ليتبين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع فى التحالف للابتداء استحبابا ولو بدأ بايهما كان جاز وقال القدورى فى شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشترى والمهر كالثمن وفى المتبايعين يبدأ بيمين المشترى واليه ذهب الاسبيجابى (قوله ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى) فى حال الحياة بان ادعاه أحدهما ونفاه الآخر (يجب مهر المثل بالاجماع) ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق (لانه هو الاصل عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تعذر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار الى مهر المثل واستشكل كون

وأيهما أقام البينة قبلت بينته وانه أقام البينة قضى بالف مسمى وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا للتعارض ونص محمد رحمه الله فى هذا الفصل ان بينة المرأة أولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبى رحمه الله بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه أبينهما انكارا وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة (قوله وهذا تخريج الرازى) وقال الكرخى رحمه الله يتحالفان أولا فى الفصول الثلاثة وهى ان يكون مهر المثل شاهدا له أولها أو يكون فوق ما يدعى الزوج ودون ما تدعيه المرأة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك لان ظهور المثل عند عدم التسمية وانما يثبت عدم التسمية بالتحالف لان ما يدعى كل واحد منهما ينتفى بيمين صاحبه فبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل ووجه قول الرازى انه انما يصار الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له واذا كان مهر المثل يشهد لاحدهما فالظاهر شاهد له فلا يصار التحالف قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله الاصح قول الكرخى (قوله ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى) بان ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية (قوله و يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (قوله وعنده) أى عند أبى يوسف رحمه الله تعذر

قال المصنف هذا تخريج الرازى وقال الكرخى الخ أقول وصحح فى النهاية تخريج أبى بكر وفى شرح تاج الشريعة قول الكرخى أصح (قال المصنف ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع) أقول الظاهر شاهد لمدعى التسمية

(ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما) بين الحي و ورثة الميت (فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) في الاصل والمقدار ففي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ألا ترى الى مسئلة المفوضة اذا مات أحدهما وعنده القول قول الزوج أو ورثته لما تقدم (ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة ولا يستثنى القليل) خلافا لابي يوسف فانه يستثنيه كما تقدم (وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة) يحكم مهر المثل وهو قياس قول أبي حنيفة لكنه تركه استحسانا لما نذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في أصل التسمية فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره لا يحكم مهر المثل وقوله (لما نبينه من بعد) اشارة الى دليل أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة قال (واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه) أي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين (المسمى في الوجه الاول) وهو ما اذا سمى (ومهر المثل في الوجه الثاني) وهو ما اذا لم يسم (أما الاول) وهو وجوب المسمى (فلان المسمى دين في ذمته) اما بثبوته بالبينة أو بالتصادق وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته) اذا علم انهما ماتا معا أو لم يعلم أيهما مات أولا أو علم أن الزوج مات أولا وأما اذا علم أنها ماتت أولا فيسقط نصيبه من ذلك (وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات أحدهما) وهو قياس قوله لكن استحسن فقال ولابي

ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وان كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على مانبينه من بعد ان شاء الله قال (واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين) معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني أما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم أنها ماتت أولا فيسقط نصيبه من ذلك وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات أحدهما

مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع أبي يوسف في أن المسمى هو الاصل على ما صرح هو به في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أوكس وما ذكر من ايجابه مع أبي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا الى أنه ليعرف من معه الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل الا نادرا لكنا منعنا في تلك المسئلة اختلافهم في أن الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه ولا ينفي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند أبي حنيفة بل الاولى أن يعلل الكل به والمسئلة اتفاقية (قوله ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) أي حال قيام النكاح في الاصل والمقدار ومن كان القول له لو كان حيا يكون القول لورثته وفي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق (قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند أبي حنيفة) كأبي يوسف حال الحياة الا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل وهذا لسقوط مهر المثل بعد موتهما عند أبي حنيفة (وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحياة وان كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة القول لمن أنكره) ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعي وأحمد وعليه الفتوى لكن الشافعي يقول بعد التحالف وعندنا وعند مالك وأحمد لا يجب التحالف (قوله على مانبينه) يعني في المسئلة التي تليها من غير فصل وهي ما اذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا اذا علم أن الزوج مات أولا أو علم أنهما ماتا معا أو لم تعلم الاولية لان المهر كان معلوم الثبوت فلما لم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة أولا لا يسقط وأما اذا علم أنها ماتت أولا فيسقط منه نصيب الزوج لانه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا أن المستثنى منه المحذوف في قوله الا اذا علم الخ هو هذه الصور الثلاث التي ذكرناها كذا في النهاية والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لان التقدير لورثتها أن يأخذوا ذلك في جميع الصور الا في صورة العلم بموتها قبله لان المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلاث مستثنى منها كان أخذ الورثة انما هو في بعض الثلاث لا كلها (قوله وان لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالا لهم مهر المثل) واستدل أبو حنيفة في الكتاب فقال أرأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت علي أكنت أقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى أنه انما

القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا (قوله وأما الثاني) فهو ما اذا لم يكن سمى لها مهرا واختلفا في أصل التسمية وقد ماتا فوجه قولهما ان مهر المثل

عند أبي يوسف فلم لا يكون القول قوله عنده (قوله كالجواب في حياتهما في الاصل) أقول أي في أصل التسمية (قوله والمتعة قبله) أقول يعني بعد

(ان موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل) وهذا يشير الى أن وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روى عنه أنه استدل فقال أرأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر أم كلثوم أكنت أقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضي بمهر مثلها وللمشايخ طريق آخر وهو أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت أحدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تأكد بالموت وقوله (ومن بعث الى امرأته شيأ) ظاهر

ولابي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل (ومن بعث الى امرأته شيأ فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله) لانه هو المملك فكان أعرف بجهة التمليك

لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وأيضا يؤدي الى تكرر القضاء به لان النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو مما يثبت بالتسامع فيدعي ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة فلو قضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك بزمان به أيضا يقضى به أيضا ثم وثم فيفضي الى ما قلنا أما اذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط أصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما أو موت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا لشبه النفقة ولا يسقط بموت أحدهما اعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي أن لا يقضى به وان كان العهد قريبا وما قبله أوجه وقال مشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد أن تقري بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا (قوله ومن بعث الى امرأته شيأ ثم قال من حقك وقالت هدية فالقول له لانه المملك فكان أعرف بجهة التمليك) الا فيما يكون مهيأ للاكل لان الظاهر يخالف عنه فيه والقول انما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر في المتعارف مثله أن يبعث هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والمشوي والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ فأما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله واذا حلف والمرسل قائم ان كان من غير جنس حقها ولم يرضيا ببيعه بالصداق يأخذه وان كان هالكا لا ترجع بالمهر بل بما بقي ان كان يبقى بعد قيمته شيء ولو بعث هو وبعث أبوها له أيضا ثم قال هو من المهر فللاب أن يرجع في هبته ان كان من مال نفسه وكان قائما وان كان هالكا لا يرجع وان كان من مال البنت باذنها

صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات أحدهما وعليه الفتوى فقولهما قياس وقول أبي حنيفة رحمه الله استحسان ولقول أبي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما ما استدل به أبو حنيفة رحمه الله وقال أرأيت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر أم كلثوم أكنت أقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما يقول بهذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر هذه المرأة فقضى بمهر مثلها والطريق الآخر يقتضي سقوطه وان لم يتقادم وهو ان المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل متوسط يشبه المسمى من حيث انه قيمة البضع ويشبه النفقة من حيث انه يجب بغير شرط فالمسمى لقوته لا يسقط لا بموت أحدهما ولا بموتهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت أحدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما لان ما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما ألا ترى أن الصحابة رضي الله

الطلاق (قال المصنف ولابي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما) (أقول فيه اشارة الى أنه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط أصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما وموت أحدهما فقلنا لا يسقط بموتهما اعمالا للشبه الاول ولا يسقط بموت أحدهما اعمالا للشبه الثاني توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي أن لا يقضى به وان كان العهد قريبا قال ابن الهمام وما قبله أوجه ثم قال وقال مشايخنا هذا اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد أن تقري بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا اه (قال المصنف فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل) أقول لم لا يجوز أن يعرف ذلك بالتصادق أو بالبينة كما في الوجه الاول (قوله فقال أرأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر رضي الله عنهما الخ) أقول المهر في تلك القصة مسمى وأبو حنيفة رحمه الله متفق معهما في صورة كونه مسمى في أنه يأخذه ورثة الزوجة فما تقريب هذا التعليل هنا

كيف وان الظاهر أنه يسعى فى اسقاط الواجب قال (الا فى الطعام الذى يؤكل فان القول قولها) والمراد منه مايكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما فى الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل مايجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما ليس له أن يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والله أعلم

فليس لها الرجوع لانه هبة منها وهي لاترجع فيما وهبت لزوجها وفى فتاوى أهل سمرقند بعث الى اهدايا وعوضته المرأة ثم زفت اليه ثم فارقها وقال بعثتها اليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هى أن تسترد العوض فالقول قوله فى الحكم لانه أنكر التمليك واذا استرده تسترد هى ماعوضته هذا والذى يجب اعتباره فى ديارنا أن جميع ماذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف فى ذلك كله أن يرسله هدية والظاهر مع المرأة لامعه ولا يكون القول له الا فى نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذى ذكر فى فتاوى أهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا أذنت فى بعثه تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لايوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه أعلم (قوله فالقول قوله) أى مع يمينه (قوله وقيل مايجب الخ) بخلاف الخف والملاءة لاتجب عليه اذ لايجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى ويجب عليه الخف والملاءة لأمتها ثم كون الظاهر يكذبه فى نحو الدرع والخمار انما ينفى احتسابه من المهر لامن حق آخر كالكسوة *(فروع)* زوج بنته وجهزها ثم ادعى أن مادفعه لها عارية وقالت تمليكا أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قيل القول للزوج ولها لان الظاهر شاهد به اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدى واختار الامام السرخسى كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما فى ديارهم كماذكره فى الواقعات وفتاوى الخاصى وغيرهما وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فله ولو أبرأت الزوج من المهر أو وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو فى مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له وقيل ينبغى أن يكون القول للورثة لان الزوج يدعى سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفى البدائع فى كتاب النفقات أعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا أن تقيم هى البينة لان التمليك منه وفى الخلاصة أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت أبت ان شرط فى الانفاق التزوج يعنى كأن يقول أنفق عليك بشرط أن تتزوجينى يرجع زوجت نفسها أولا لانه رشوة والصحيح أنه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشترط لكن أنفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح أنه لايرجع اذا زوجت قاله الصدر الشهيد وقال الشيخ الامام الاصح أنه يرجع عليها زوجت نفسها منه أولا لانه رشوة واختاره فى المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها أما اذا أكل معها فلا يرجع بشئ اه ولم يذكر ما اذا أبت أن تتزوجه فى فصل عدم الاشتراط صريحا الا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده أنه يرجع اذا لم تتزوجه وحكى فى فتاوى الخاصى فيما اذا أنفق بلا شرط بل للعلم عرفا أنه ينفق للتزوج لم تتزوج به خلافا فمنهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما أنفق على قصده لا شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألفا من مهرها تصدق فى الدعوى الى مهر مثلها فى قول أبى حنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله مع يمينه وفى النوازل اتخذت لابويها مأتما فبعث الزوج اليها بقرة فذبحتها وأطعمتها أيام المأتم فطلب قيمتها فان اتفقا أنه بعث بها اليها وأمرها أن تذبح وتطعم ولم

عنهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما فيكون ذلك اتفاقا فمنهم أنه يسقط بموتهما كذا فى المبسوط (قوله والمراد منه مايكون مهيأ للاكل) نحو الحلوا والمشوى والفاكهة أو غيره ممالا يدخر ولا يعطى

(وقوله فالقول قوله) أى مع يمينه فان حلف والمتاع قائم فللمرأة أن ترد وترجع بما بقى من المهر وان كان هالكا لم ترجع وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وان الظاهر أنه يسعى فى اسقاط الواجب وقوله (وقيل مايجب عليه) انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والملاءة كان له أن يحتسبه من المهر لان ذلك لايجب عليه وقوله (وغيرهما) قيل كمتاع البيت

(قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله وأن الظاهر أنه يسعى الخ) أقول والظاهر أنه اشارة الى مجموع الدليلين

بذكر

يذكر قيمة ليس له أن يرجع عليها لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة وان اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله أن يرجع وان اختلفا فى ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهى منكرة *(تتمة)* فيها مسائل الاولى مسئلة تعورف ذكرها فى باب المهر مع أن الجواب المذكور فيها انما يتعلق بالميراث فاحببنا الاتباع ونذكر المهر زيادة فيها تزوج ثنتين فى عقدة وواحدة فى عقدة وثلاثا فى عقدة ومات قبل أن يدخل بواحدة منهن وقبل أن يبين المتقدمة نكاحا من غيرها فميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن والثمن مع الولد أو ولد الابن بينهن على أربعة وعشرين سبعة للتى تزوجها وحدها اتفاقا والباقى نصفه للثنتين ونصفه للثلاث عند أبى حنيفة وقالا ثمانية أسهم من الباقى للثنتين وتسعة للثلاث على اختلاف تخريجهما وانما قلنا المسئلة من أربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانه ان تقدم فظاهر وكذا ان توسط لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا اذا تأخر لبطلان نكاح أحد الفريقين فتقع هى ثالثة أو رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح فى حال باطل فى حال ثم نقول ان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلاث فلها ربعه فنحتاج الى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر أو نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مباينة فضربنا أحدهما فى الآخر فصار اثنى عشر فيكون لها الثلث فى حال أربعة والربع فى حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والرابع يجب فى حال دون حال فينصف الشك فيه فينكسر فيضعف فيصير أربعة وعشرين أو يضرب مخرج النصف وهو اثنان فى اثنى عشر فصار أربعة وعشرين ثم نقول التى تزوجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لان لها الثلث فى حال ثمانية والربع فى حال ستة فستة ثابتة بيقين ووقع الشك فى سهمين لانهما يسقطان فى حال ويثبتان فى حال فيثبت أحدهما ويضم الى ستة صار لها سبعة ومما بقى تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما أما أبو يوسف فيعتبر المنازعة فيقول لامنازعة للثنتين فى السهم السابع عشر لانهما لايدعيان الا ثلثى الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لانهن يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر فبقى ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية وأما محمد فيعتبر الاحوال فيقول ان صح نكاح الثنتين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه وان لم يصح فلاشئ لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة ترث معهن وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين أى لمحمد الاحوال وليعقوب المنازعة وعند أبى حنيفة نصف مابقى للثنتين ونصفه الآخر للثلاث لان الفريقين فى علة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق فى حال وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين كذا هنا فالتنصيف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية وأربعين أو نضرب مخرج النصف وهو اثنان فى أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين للواحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فنطلب بين السهام والرؤس الاستقامة أو الموافقة أو المباينة فتستقيم أربعة عشر على الواحدة ولا تستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلاث ولا موافقة بين ذلك أيضا فحصل معنا اثنان وثلاثة فنطلب بين الرؤس والرؤس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدناها متباينة فنضرب ثلاثة فى اثنين أو على العكس فيحصل ستة فنضربها فى ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريق معرفة مالكل أن تضرب ما كان له فى هذه الستة كان

فى المهر عادة حتى لو لم يكن مهيأ للاكل نحو شاة حية أو حنطة أو دقيق أو سكر أو تمر أو لوز أو عسل أو سمن أو فاكهة أو مطعوم يبقى مثلها شهرا فالقول قوله مع يمينه فان حلف انها لم تكن هدية يحتسب له ذلك من المهر

للواحدة أربعة عشر فتضربها في ستة يحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين أحد وخمسون ولكل من الثلاث أربعة وثلاثون فان قيل ماذكر أبو حنيفة مشكل لانه يعطى الثنتين مالاتدعيانه أجيب بأنهما انما لاتدعيانه اذا استحقت الواحدة ذلك السهم فامابدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق مافرع من استحقاق الواحدة سواء هذا الاختلاف في الارث أما المهر فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله في الثلاث والثنتين أيهن الاول لان نكاح أحد الفريقين صحيح في نفس الامر والزوج هو الذي باشر العقود فان قال لاأدرى الاول حجب عنهن الا الواحدة لانه أقر بالاشتباه فيما لامساغ فيه للتحرى وان مات أحد الفريقين والزوج حى فقال هن الاول ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الآخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته أو عند موته لاحد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد والدخول بهن لايؤثر في البيان اذا لم تعلم السابقة في الوطء وأما المهر قبل الدخول فللواحدة ماسمى لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما مران على أصلهما في اعتبار المنازعة والحال وأبو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال مافضل من الواحدة هنالك بين الفريقين نصفان لايتفاوتان فيه لانهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما فاما هنا فالثنتان لاتدعيان النصف الزائد على المهرين والثلاث يدعينه فسلم لهن وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما أو نقول أكثر مالهن ثلاثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلاث وأقل مالهن مهران بأن يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لامنازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وأما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلاشئ لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر وعلى الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث أوجب لهن مهرا وميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولم يعرف الاول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا أعنى أربعة أشهر وعشرا يستكمل فيها ثلاث حيض *(المسئلة الثانية)* تزوج امرأة وابنتها في ثلاثة عقود ولاتدرى الاولى منهن ومات قبل الوطء والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احداهن ليس غير لانه ان تزوج الام أولا لم يصح نكاح بنتها أو البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال أبو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسم بينهن أثلاثا ولو كان تزوج الام في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للام بالاتفاق للتيقن ببطلان نكاحهما تقدم أو تأخر عن الام للجمع بين الاختين في عقدة ولو كان تزوج امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان المهر والميراث بينهن أثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح في حال ولايصح في حالين فاستوين في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لايزاحمها الا احدى البنتين لانا تيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين والابنتان في النصف استويا لانه ليست احداهما بتعيين جهة البطلان أولى من الاخرى *(المسئلة الثالثة)* قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة فهى امرأته وعليه

والبينة بينته أيضا لانه يثبت القضاء أو البراءة من المهر والنفقة والكسوة وكذا لو أقام كل واحد منهما بينة على اقرار ماادعاه الآخر (قوله وغيرهما) كمتاع البيت وفي الفتاوى الظهيرية * وههنا مسئلة عجيبة وهى انه لايجب على الزوج حقها ويجب عليه حق أمتها لانها منهية عن الخروج دون أمتها والله تعالى أعلم

*(فصل)

(فصل) (واذا تزوج النصرانى نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب) وهذا عند أبى حنيفة وهو قولهما في الحربيين وأما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها أو دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين أيضا له أن الشرع ماشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت

مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه لما تزوجها أولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطء عن شبهة في المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعى بناء على أن هذا التعليق عنده لايصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت أخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول فعند أبى حنيفة وأبى يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة خلافا لمحمد في ايجابه نصف المهر وبقية عدتها التى كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف مهر فاذ دخل بها وهى معتدة عن طلاق رجعى صار مراجعا فلا يجب بالوطء شئ فاذا تزوجها ثالثا لايصح النكاح لانه تزوجها وهى منكوحة ونكاح المنكوحة لايصح وعلى قول محمد بالتزوج الاول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه أيضا مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعا بالوطء عقيب النكاح الثانى لان الطلاق الثانى لم يقع على مدخول بها وعندهما لما كان الدخول في الاول دخولا في الثانى كان الطلاق عقيب الثانى عقيب الدخول ولا يخفى عليك أن الدخول الاول لم يكن في نكاح بل ليس الا وطأ بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في عدة وان كانت تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطء بشبهة اذا كان مسبوقا بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فانت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد وتخريج ذلك على الاصل المذكور لكل فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الاصل المذكور له آنفا ظاهر وأما وجه ماذكرنا عندهما فلانه بالنكاح الاول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثانى طلقت بائنا ولها مهر كامل لانه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لان الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصفا ثلاثة بالدخول ثلاث مرات ونصف مهر بالتزوج الاول ومهران بالتزوجين الاخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

(فصل) لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار (قوله واذا تزوج نصرانى) المراد اذا تزوج ذمى كتابى أو مجوسى على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ولو أسلما أو رفع أحدهما الينا أو ترافعا وهذا اذا لم يدينوا مهر المثل بالنفى وكذا لو تزوجها على دم لانهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لانهم لايتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين (هذا مذهب أبى حنيفة وبه قالا في الحربيين) أى لو أسلما أو ترافعا (أما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها ان دخل بها أو مات أحدهما والمتعة ان طلقها قبل الدخول) لوقوعه في نكاح لاتسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين أيضا لان الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من

(فصل) (قوله واذا تزوج النصرانى نصرانية) الى قوله فليس لها مهر يعنى وان أسلما كذا في المبسوط (قوله ماشرع ابتغاء النكاح الا بالمال) قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم (قوله وهذا الشرع وقع عاما) لانه عليه السلام بعث الى الكل قال الله تعالى قل يا أيها الناس انى رسول الله اليكم جميعا فيثبت الحكم

(فصل) لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات أحكام النكاح في حق الكفار (واذا تزوج النصرانى نصرانية) قيل المراد بهما الذمى والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمى وأقول يجوز أن يكون أطلقه ليتناول المستأمن أيضا (وذلك في دينهم) أى النكاح بغير مهر في دينهم (جائز) والواو للحال (فليس لها مهر) وان أسلما (وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا) أى عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين (عند أبى حنيفة) ووافقاه في الحربيين وأما في الذمية فان دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين أيضا وقال (الشرع ماشرع ابتغاء النكاح الا بالمال) لقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم (وهذا الشرع وقع عاما) لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات (فيثبت

(فصل) اذا تزوج (قوله لما ذكر أحكام النكاح الخ) أقول الظاهر أن يقول أحكام المهر لكن مراد الشارح باحكام النكاح المهر أيضا (قوله واذا تزوج النصرانى نصرانية الى قوله ليتناول المستأمن أيضا) أقول ولو قال اذا تزوج الكافر كافرة لكان عم وأشمل (قوله وذلك في دينهم أى النكاح بغير مهر الخ) أقول ولعل الاولى ان يجعل ذلك اشارة الى مجموع ماذكر من النكاح على الميتة وعلى غير مهر ويجوز أن يجعل قوله بغير مهر متناولا للنكاح بالميتة أيضا

الحكم على العموم) وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقالا أهل الحرب لم يلتزموا أحكام الاسلام وهو ظاهر ولا يكون الحكم عليهم الا بالالزام ولا الزام الا بالولاية وقد انقطع الولاية

بتباين الدارين (بخلاف أهل الذمة لانهم التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات) لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا أنهم لم يلتزموا لكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار (ولابي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا) في الديانات كالصوم والصلاة (وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات) أيضا كبيع الخمر والخنزير (وولاية الالزام بالسيف والمحاجة) وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة (فانا أمرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب) في عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قولهما كالزنا والربا ووجهه أن الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه (والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد) ألا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ (وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير

الحكم على العموم ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف أهل الذمة لانهم التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا والزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا أمرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان

أهلها فتمحض معاملة في حقه (ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الاحكام) وليس لنا عليهم ولاية الالزام للتباين بخلاف أهل الذمة فانهم التزموها في المعاملات وولاية الالزام ثابتة فنعزره اذا زنى وننهاه عن الربا ونحكم بفساده والنكاح منها ولذا تجرى عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية مناعنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم لعموم الخطاب حتى اذا ترافعا الينا نقضي عليهما بما لزمهما حال كونهما حربا وانما أخرنا الوجوب ليظهر عند امكان الزامهم أثره (قوله ولابي حنيفة) حاصله منع المقدمة القائلة انهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بعقد الذمة ما يعتقدون خلافه منها الا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فمحمل أحدهما من تدين بحرمتهن ومحمل الآخر من لا يتدين بحرمتهن كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بالزامهم بل نتركهم وما يدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لان المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بهدمها والمانع في أهل الذمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقريرها بخلاف الربا لانه مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد روى معناه القاسم بن سلام بسنده في كتاب الاموال عن أبي المليح الهذلي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران فكتب لهم كتابا وساقه وفيه ولا تاكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن أبي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذا امتنعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرط البقائه والذي يقتضيه النظر أن الاستدلال على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر هنا لان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى أن لا يتعرض لهم مالم يرضوا بحكمنا أو يسلموا وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا تمنع القضاء بالتقرر في الذمة أول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم (قوله وقد قيل في الميتة والسكوت) عن المهر (روايتان) بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر

على العموم (قوله لانهم التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات) قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ووجوب مهر المثل في النكاح عند نفي المهر من أحكام الاسلام فيظهر في حقهم كما يظهر حكم الربا والزنا (قوله ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات) كالصلاة والزكاة والصوم وفيما يعتقدون بخلافه في المعاملات كبيع الخنزير (قوله والربا مستثنى عن عقودهم) أي عقد أهل الذمة لقوله عليه السلام الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وقال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه بين أنه كان حراما في دينهم أما النكاح بغير مهر فجائز في دينهم كما لو تزوجها على خمر ولان المهر

(وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان) يعني عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق وأما على الرواية الاخرى وهو رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت والاصح

وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها وأما الميتة فانها ليست بمتقوم عند أحد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان أحد المالم يتدين بتقومها لم تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع (والاصح أن الكل على الخلاف) عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر المثل وقوله (فان تزوج الذمي ذمية) ظاهر وقوله (وهذا كله) أي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين أو غير معينين (عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر المثل في الوجهين) أي في المعين وغير المعين (وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما) انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال أبو يوسف فيهما بمهر المثل وقال محمد فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير (أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضا أو القضاء واذا مر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة في المهر قبل

القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك شبيه بالعقد لافادته مالم يكن (فيمتنع) القبض (بسبب الاسلام) كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا للشبهة بالعقد بحقيقته في المحرمات (وصار كما اذا كانا بغير أعيانهما) لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير أعيانهما في افادة مالم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك فيما اذا كانا بأعيانهما كالعقد

والاصح أن الكل على الخلاف (فان تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير) ومعناه اذا كانا بأعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير أعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير أعيانهما

المثل وذكر الكرخي أنه لا فرق على قياس قول أبي حنيفة بين السكوت والنفي ووجهه ما في المبسوط أن تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط وجه الظاهر أن النكاح معاوضة فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست مالا عندهم فذكرها لغو وصحح المصنف أن الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر (قوله فان تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير باعيانهما ثم أسلما أو أسلم أحدهما) قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر أو الخنزير (وان كانا بغير أعيانهما) وأسلما قبله (فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل) وهذا التفصيل مذهب أبي حنيفة (وقال أبو يوسف لها مهر المثل في الوجهين) وهو قول الائمة الثلاثة (وقال محمد لها القيمة في الوجهين) وهو قول أبي يوسف الاول ولما اشترك قولهما في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما جمع بينهما في دليله فقال (وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) المعين ولهذا لو هلك قبل القبض أو تعيب عيبا فاحشا يهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف الا بقضاء أو تراض على ما أسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا (فيكون له شبه بالعقد) لثبوت أثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد الحاقا للشبهة

لو وجب لا يخلو اما أن يجب حقا لها أو حقا للشرع لا وجه الى الاول لانها رضيت بغير مهر ولا وجه الى الثاني لانه غير مخاطب بحقوق الشرع (قوله وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض) ألا ترى

(قوله وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه) أقول ضمير عليه راجع الى النكاح (قوله وأما على الرواية الاخرى وهو رواية الاصل الى قوله كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها) أقول فانه اذا باع بلا تسمية ثمن ينعقد البيع فاسدا ويملك بالقبض وتجب القيمة على ما صرحوا به في فصل أحكام البيع الفاسد (قوله وجه قولهما) أقول مبتدأ وخبره يجيء بعد أسطر وهو قوله أن القبض مؤكد للملك في المقبوض الخ (قوله لانهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير) أقول فان قيل فانهما يتفقان في عدم التفرقة بين الخمر والخنزير أيضا فلم يتعرض له قلنا لان دليلهما الاتفاقي لا يلزم منه ذلك فتأمل ثم اعلم أن قوله لانهما يتفقان الخ تعليل لقوله انما جمع بين قولهما الخ (قوله الا بالرضا أو القضاء) أقول يعني بالقضاء بالاعادة اليه (قال المصنف فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد) أقول قال ابن الهمام أي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض اهـ ولعل الاولى أن يقال أطلق العقد وأراد تسميتها في العقد كما يمتنع تسميتها فيه حيث لا يوجب حكمها ووجه الاولوية ظاهر (قوله والقبض فيما اذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك الخ) أقول لا يخفى عليك ما في هذه العبارة وكان الاولى أن يقول والقبض فيما اذا كانا بأعيانهما ممتنع فكذلك الخ

واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا أنه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشترى لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض

العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض (واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد) فامتنع فقد افترقا (فقال أبو يوسف لو كانا مسلمين وقت العقد) فعقدا على الخمر والخنزير (يجب مهر المثل) فكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض (ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض) تجب القيمة لامتناع اعطاء مثل الخمر (قوله ولابي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا للملك ولا للملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ناقلا لمجرد الضمان من الزوج الى المرأة في الهلاك (وذلك) أي انتقال الضمان (لا يمتنع بالاسلام) لان موجبه صورة اليد وصورته الا يمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخلله أو يريقه والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا وان كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولئن سلمنا أن القبض مؤكد للملك فلا نسلم أن الاسلام يمنع تأكد الملك بدليل أن من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واه لجواز أن يهلك العبد عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم اليه يتقرر الملك وهذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تأكد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تأكد ملك الخمر فعلم أن الاسلام لا يمنع تأكد الملك (قوله بخلاف المشترى) متصل بقوله يتم بنفس العقد أي ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشترى لا يتم بنفس العقد ولا تملك التصرف فيه والقبض فيه هو المفيد الملك التصرف والاسلام مانع منه فاذا لو باع الذمي الخمر والخنزير أو اشتراهما ثم أسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيهما مع الاسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالاجماع وظن بعض الفضلاء أن قوله في النهاية ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشترى ناقل لضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول الهداية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه أن بالهلاك في يد البائع يعود الى ملكه فاذا هلك على ملكه لا يضمن لاحد شيأ بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن وأما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب ولهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بأن قال ولهذا وجب لها القيمة (قوله

أن الصداق يتنصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود شئ الى ملك الزوج الا بقضاء أو رضا * وكذلك الزوائد تتنصف قبل القبض ولا تتنصف بعده خلافا لمحمد رحمة الله تعالى عليه وكذلك لو مر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض وكذلك لا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده (قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد) لان الملك نوعان ملك رقبة وملك تصرف وكل ذلك حاصل ولهذا تملك التصرف فيه كيف شاءت ببدل أو بغير بدل فالقبض هنا غير موجب ملك التصرف وملك العين وبهذه النكتة يخرج الجواب عن فصل البيع فانه اذا باع الخمر والخنزير أو اشترى

(واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا) ووجه محمد ظاهر ووجه قول أبي حنيفة (أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك (وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك) أي الانتقال (لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة) وأما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فتمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير وقوله (بخلاف المشترى) متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الخ يعني بخلاف ما اذا باع الذمي الخمر أو الخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع

(قوله ثم أسلم قبل القبض) أقول يعني أسلم البائع أو المشترى (قوله فانه لا يجوز له القبض الخ) أقول لا يترتب القبض المشترى حكمه وهو الملك فانه إن كان الذي أسلم هو البائع يلزم من ترتبه عليه تمليك الخمر والاسلام مانع وان كان المشترى يلزم تملكه

واذا

يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله (واذا تعذر القبض في غير المعين) ظاهر وقوله (ولو طلقها الخ) يعني قول أبي حنيفة في المعين لها نصف العين وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند أبي يوسف لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال *(باب نكاح الرقيق)* لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع (لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما) أما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه وأما العبد ففيه خلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيأ ملك سببه الموصل اليه

(قال المصنف فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه) أقول قال الزيلعي قال في الغاية يرد عليه ما لو اشترى ذمي دارا من ذمي بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب ثمنه بشئ والجواب أن قيمة الخنزير انما تكون كعينه أن لو كان بدلا عن الخنزير كما في مسئلة النكاح أما اذا كان بدلا عن غيره فلا وفي مسئلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة وانما صير اليها

واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ومن أوجب القيمة أوجب نصفها والله أعلم

(باب نكاح الرقيق)

(لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما) وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح

ولو طلقها قبل الدخول بها) ففي المعين لها نصفه عند أبي حنيفة وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه أوجب القيمة فتتنصف وعند أبي يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف والله أعلم

(باب نكاح الرقيق)

الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح الارقاء ثم أولاه نكاح أهل الشرك وأما ما تقدم من فصل النصراني فانما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فاردفه تتمة له (قوله لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده) أي لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد وما نسبه

ثم أسلم قبل القبض حيث يفسخ البيع ويمنع عن القبض ويخرج الجواب أيضا عما اذا لم يكونا عينين حيث لا يستحق عين الخمر فيه أو الخنزير بالاجماع أما البيع فان المبيع بعد القبض يستفاد ملك التصرف فيه لا قبله والاسلام مانع من القبض لشبهه بابتداء العقد ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشترى ناقلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى في يد الزوج فليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا وجب لها القيمة فلا يكون الاسلام مانعا من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب بل أولى لان في استرداد المغصوب ازالة اليد المانعة وهي يد الغاصب وليس ههنا ازالة اليد المانعة فلان لا يمنع عن القبض أولى (قوله فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه) ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام يجبر على القبول فيكون فيه تقرير حكم عقد باشراه في حالة الكفر لا على سنن الشرع والله تعالى أعلم بالصواب

(باب نكاح الرقيق)

(قوله وقال مالك رحمه الله) يجوز للعبد قيد بالعبد لانه لا يجوز للامة بالاجماع لان بضعها مملوك للمولى هو يقول ان النكاح من خواص الانسان والعبد فيما هو من خواص الانسان مبقى على أصل الحرية اذ هو مملوك للمولى من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي ألا ترى أنه يملك الطلاق الذي هو ضار محض حتى لا يملك الصبي العاقل وان أذن له وليه فلان يملك النكاح الذي فيه تحصينه واعفافه أولى (قوله لانه يملك الطلاق

للتقدير بها لا غير فلا يكون لها حكم عينه اهـ ولك ان تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عن منافع البضع وانما صير اليها للتقدير بها فليتأمل فى جوابه يظهر من تقرير قاضيخان في شرح الجامع الصغير (قال المصنف ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال) أقول قال الاتقاني ذكر الضمير الراجع الى الخمر على تأويل الشراب اهـ وفي القاموس الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة وقد يذكر *(باب نكاح الرقيق)* (قوله لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح الى قوله وغيرهم الخ) أقول فيه أن نكاح غيرهم سيجئ في باب على حدة وما ذكر قبيل هذا مما يتعلق بمهر الكفار كان على سبيل الاستطراد (قوله أما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى الخ) أقول قد سبق من الشارح في باب المحرمات أن السيدة تملك منافع بضع عبدها فاوجه الاقتصار على الامة هنا

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما (وكذا المكاتب) لان الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا

الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقريره جه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بأن من ملك رفع شئ ملك وضعه وتمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه ولذا ملك التطبب ولم يملك أكل السم وادخال المؤذي على البدن والاوجه بيانها بان ملكه الطلاق لانه من خواص الآدمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكر والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي الحديث أيضا في السنن عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل (ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما) أما في العبد فتشتغل ماليته بالمهر والنفقة وأما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف في ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الاقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع أن فيه اهلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمرا ونهيا كالصلاة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيرها الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد أخرجه عن ملكه في ذلك الذي أدخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد وأعاظم العيوب (وكذا المكاتب) ليس له أن يتزوج الا باذن المولى (لان الكتابة) انما (أوجبت فك الحجر) في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق (ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لانه من باب الاكتساب) بتحصيل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية وأما شريك العنان والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله يملكون وانما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما نذكره (قوله وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا) من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي أوجبت الكتابة اطلاقه له ما لا يوجب خللا في ذاته المملوكة

فيملك النكاح) لان الطلاق حكم يستفاد من النكاح فلما كان أهلا لحكمه بغير اذن المولى كان أهلا لسببه (قوله اذ النكاح عيب فيهما) أما في العبد فلشغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك المولى وأما في الامة فلانه يحرم عليه بضعها والاستمتاع بها ألا ترى أنه لو باع رقبتها بمال لم يجز مع ان نفعه يعود الى المولى فلان لا يجوز النكاح ولا منفعة للمولى في عقده أولى ✳ فان قيل يشكل على هذا صحة اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة والقصاص عيب فيهما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب فولايته على هذا التعييب يبطل هذه النكتة ✳ قلنا العبد لا يصير ملوكا للمالك فيما يتعلق به خطاب الشرع ثم الحدود والقصاص انما وجبت عقوبة وجزاء على هتك حرمة لزمت العبد شرعا وصيانة هتك الحرمات واجبة على من خوطب بها والعبد منه وما ثبت من التعييب ثبت في ضمن صيانة الواجب شرعا لله تعالى فلا يبالى به وأما النكاح فعقد ازدواج واقتضاء شهوة كل واحد من الزوجين من صاحبه فلا يملك الا بملك الرقبة والرقبة للمولى فلا يصح بدون اذنه (قوله ويملك تزويج أمته لانه من باب الاكتساب) أي اكتساب الولد لانه يتبع الام واكتساب المهر والنفقة (قوله ويملك تزويج أمتها لما بينا) أي لانه من باب الاكتساب

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر) رواه أبو داود وأخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن (ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما) ولهذا اذا اشترى عبدا أو أمة فظهر مزوجا جاز له أن يرده وليس لهما تعييب أنفسهما رعاية لحق المولى (فلا يملكانه بدون اذنه) وفي هذا التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة العيب ولا يلزم من جواز ازالة العيب جواز تعييبهما أنفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما وأما على قول أبي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب فكيف جاز ذلك وأجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الاصول وقوله (وكذا المكاتب) ظاهر وقوله (لما بينا) يعني قوله لانه من باب الاكتساب وقوله (فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت

(قوله وأما على قول أبي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب الخ) أقول تفصيله في باب خيار العيب

بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف بقوله (لان هذا دين وجب في رقبته) وهو دليل قوله

(و) كذا (المدبر وأم الولد) لان الملك فيهما قائم (واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة (والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه) لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما (واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا باجازة) لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد

والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها لغير السيد اذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وافضائها الى زوال ملك الرقبة لجواز التعجيز والرد الى الرق فتردها لوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد (قوله وكذا المدبر) والمدبرة لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن أم الولد يعني لو زوج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم أمه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون ✳(فرع مهم للتجار)✳ ربما يدفع لعبده جارية يتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلا أذن له مولاه أو لم يأذن لان حل الوطء لا يثبت شرعا الا بملك اليمين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح (قوله واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه أي ان لم يفده المولى وتقريره أنه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه أما وجوبه فالمقتضي وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن وأما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والحاصل أن الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته دين أذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم أن يقتضوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن دفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير أنه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضي لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لانها تجب شيأ فشيأ واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من أمته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة لهذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى (قوله والمدبر والمكاتب يسعيان) اذا أذن لهما المولى فتزوجا ثم امتنع عن الاداء عنهما يسعيان (لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك) وكذا معتق البعض وابن أم الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا ان عجز المكاتب فرد في الرق فانه حينئذ يباع في المهر (قوله واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال له طلقها أو فارقها فليس ذلك باجازة) تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل أن يقول رضيت أو أجزت أو أذنت والدلالة أن يسوق اليها المهر أو بعضه وسكوته لا يكون اجازة وثم ألفاظ اختلف فيها وألفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها فمثل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس بها اختلف فيها قال الفقيه أبو القاسم ليس شئ منها اجازة واختيار الفقيه أبي

(قوله لوجود سببه وهو النكاح) اذ هو لم يشرع بلا مهر (قوله فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا باجازة) وقال ابن أبي ليلى يكون اجازة لان الطلاق المعهود يكون بعد النكاح ولهذا لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وهو ينكر ثم طلقها فان طلاقه اقرار بانه تزوجها

دين وجب في رقبته) وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في الرقبة وكل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه أما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته وأما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه وقوله (دفعا للمضرة عن أصحاب الديون) يعني النساء وقوله (فليس هذا باجازة لانه) أي قوله طلقها أو فارقها (يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة) ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه أليق بحال العبد المتمرد

(قوله وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب الى آخر قوله وتقريره) أقول لا يخفى عليك أن قوله فيتعلق برقبته في معرض النتيجة يأبى عما ذكره كل الاباء ولا يصلحه ما ذكره والاولى أن يقال أراد بالرقبة ذمة العبد مجازا فلا يلزم المصادرة ويستقيم الكلام وسيجيء من الشارح تفسير الذمة بالرقبة في باب نكاح أهل الشرك

أوهو أدنى فكان الحمل عليه أولى (وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة) لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فتتعين الاجازة

الليث وبه كان يفتى الصدر الشهيد أنه اجازة ما لم يعلم أنه قاله استهزاء اذا عرف هذا فمسئلة الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك أن افتيات العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تعييبه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولى المحض فانه معين والاعانة تنتهض سببا لامضاء تصرفه وعدم الغائه ولذا لو قال للفضولى طلقها كان اجازة على ما هو الاوجه وان قلنا أول المسئلة فى العبد انه فضولى فى الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعماله فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا فى قصد الرد ما لم يعلم قصد الاجازة لظاهر يقترن به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة تملك عليها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذى تملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا فى قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته بخلاف قوله طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاق مجازا فصلحت هذه المسئلة متمسكا لابى القاسم ومن قال بقوله والجواب أن لفظ الطلاق المجرد يستعمل كثيرا فى المتاركة فى العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو أحسنت الخ فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل الظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام فى جواب قولهم أتتخذنا هزوا أعوذ بالله أن أكون من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقى نفس اللفظ بمفهومه يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ولذا لما لم يستعمل المقيد أعنى قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة عليها أو أوقع عليها الطلاق فى المتاركة جعل اجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصنف لما لم يوجه الا بان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح أفاد أنه يثبت اقتضاء فورد عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر عن يمينك بالمال أو تزوج أربعا لا يعتق مع أن كلا منهما لا يكون الا بعد الحرية وأجيب بان اثبات الشرائط التى هى أصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للمتحقق بالرق وليس ما نحن فيه

(قوله أوهو أدنى) لانه منع من الثبوت والطلاق رفع بعده فكان الحمل عليه أولى فان قيل العمل بالحقيقة متى أمكن لا يصار الى المجاز والطلاق لابطال ملك النكاح حقيقة وللمتاركة مجاز وقد أمكن العمل بالحقيقة هنا فلا يصار الى المجاز * قلنا الحقيقة تترك عند قيام الدليل فههنا قام الدليل على عدم ارادة الحقيقة وهو التمرد على مولاه بقلة الالتفات اليه فلهذا جعل قوله طلقها مجازا عن الرد * فان قيل يشكل بما لو زوج الفضولى رجلا امرأة فلما بلغ الخبر اليه قال طلقها فانه يكون اجازة * قلنا لان المولى لا يقدر على التطليق ولا يملك الامر به فجعل مجازا عن رد النكاح وثمة يملك التطليق بالاجازة فيملك الامر به فتثبت الاجازة فى ضمنه ولا يشكل أيضا بما اذا قالت المرأة لرجل طلقنى يكون اقرارا بالنكاح وكذلك لو زوج الرجل الفضولى أربعا فى عقدة وثلاثا فى عقدة وبلغ الخبر فطلق احدى الثلاث أو احدى الاربع بغير عينها كان اجازة منه لنكاح ذلك الفريق * أما الاول فان الظاهر من حالها مباشرة النكاح الصحيح فحمل عليه وههنا دليل الفساد ظاهر وهو تمرده على مولاه بالنكاح بغير اذنه * وأما الثانى فان قول الزوج لا يصح الا بان يحمل على الطلاق لانه ان وقع فى التى صح نكاحهن صح كلامه وان وقع فى التى لم يصح نكاحهن لا يصح كلامه فجعل منه اجازة للعقد تصحيحا لكلامه وههنا قول المولى صحيح فى الحالين سواء كان أمرا بالطلاق أو بالمتاركة (قوله وان قال طلقها تطليقة رجعية فهو اجازة) وكذا اذا قال وقع عليها تطليقة أو طلقها تطليقة يقع

وقوله (أوهو) أى الرد (أدنى) لانه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع (فكان الحمل عليه أولى) فان قيل قوله طلقها حقيقة فى ايقاع الطلاق المعروف ومجاز فى المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز أجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهى الافتيات على رأى المولى (وان قال طلقها تطليقة) رجعية أو تطليقة (تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فتتعين الاجازة) فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال أو تزوج أربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية أجيب بان ما كان أصلا فى اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء كالايمان فى خطاب الكفار بالشرائع كما عرف فى الاصول وفى اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل فى اثبات الاهلية له

(ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع فى المهر عند أبى حنيفة وقالا يؤخذ منه اذا عتق) وأصله أن الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا فى حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا فى حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما أن المقصود من النكاح فى المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله أن اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه كما فى البيع وبعض المقاصد فى النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة

كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لثبوته تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعيب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لا اثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والمملوكية شرط العتق وقوله أعتق عبدك عنى بالف يثبت به تحويل المملوكية اليه لا أصلها فى العبد ومملوكيته فى العبد أمر زائد على مملوكيته وعلى تقريرنا لا يحتاج الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو أذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولى اذا وكل فاجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولى فاذن له مولاه فى التزوج فاجاز ما صنعه الفضولى ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا اذن فللمشترى الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث أما اذا كانت أمة فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطؤها كان ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان الاب وطئها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا فى أمة تزوجت بغير اذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى للمشترى الاجازة لانه لا يحل له وطؤها الان وطء الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد لحلها للمشترى ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل البات على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع وأصله ان الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثانى قلنا انما يتوقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثانى مثله فى ذلك فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله (قوله تزوج هذه الامة) التقييد بالامة والاشارة اتفاقى فان الحكم المذكور جار فى الحرة وغير المعينة (قوله وأصله) أى أصل الخلاف الاختلاف فى أن الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على أن الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى أن التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لان علة الاصل تحصيل المقاصد فى المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد فى المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد فى الماضى العقد وألحقه بالبيع بجامع أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقه وذلك يكفى لتصحيح التعميم واجراء اللفظ على اطلاقه فينبنى على هذا أنه يباع فى المهر فى الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وأنه لا يجوز له تزوج أخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته به (قوله ومسئلة اليمين على هذه الطريقه) أى طريقة اجراء اللفظ على عمومه (ممنوعة) والطريقة الاخرى أن العبد فى النكاح مبقى على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت الهر

عليها (قوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة) الاشارة الى الامة المعينة ليست بقيد وكذا الحكم فيما اذا قال له تزوج امرأة (قوله ولهذا لو حلف لا يتزوج) انما قيد بالمستقبل لانه لو حلف وقال انه ما تزوج امرأة فى الماضى وقد كان تزوج فاسدا أو صحيحا كان حانثا فى يمينه كذا فى المبسوط (قوله كما فى البيع) فان أمره بالبيع ينتظم الجائز والفاسد (قوله ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة) وهى طريقة

وقوله (ومن قال لعبده تزوج هذه الامة) صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهران وتقييده بالاشارة والامة اتفاقى فان الحكم فى غير المعينة وفى غير الاماء كذلك وينبنى على هذا الاصل المذكور حكمان أحدهما ما ذكره أنه يباع فى المهر عنده ولا يباع عندهما والثانى أنه اذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبى حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور فى الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف ما تزوج امرأة فى الماضى وكان تزوج صحيحا أو فاسدا حنث فى يمينه كذا فى المبسوط وقوله (كما فى البيع) يعنى أنه اذا أمره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد وقوله (على هذه الطريقة) يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل

(ومن

فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الايمان على العرف (ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء) اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله (ووجهه) وتقريره لان المقتضى موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء مقصودا بالابطال منتف واذا تحقق المقتضى وانتفى المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانعية انما تتحقق بذلك وأما اذا كان ضمنيا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك (وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء) واذا كان أكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر الى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض قال (ومن زوج أمته) بوأت للرجل منزلا وبوأته منزلا أي هيأته ومكنت له فيه ومن زوج أمته (فليس عليه أن يبوئها) أي يهيئ لها بيتا للزوج ببيت اليها

(ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها) ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما ذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا أنه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء (ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى

في رقبته ليس غير فكأنه قال له اذ قال تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما سنذكر من ملك السيد انكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريقة الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فبطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه والله أعلم *(فروع)* الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند أبي يوسف الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي يفسد للحال لملك زوجته شيأ منه ولذا يصح اعتاقها اياه وبدل الكتابة لها وقلنا لم تملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا بفساد النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة وأما العتق فبه يبرأ عن بدل الكتابة أولا ثم يعتق الثالث اذا غر عبده بحرية أمة فتزوجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد حر بالقيمة كالغرور والحر (قوله ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء) اذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل فلو زوجها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضى وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع وما يخال من أنه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم يلزمه بطلان حقهم في مقدار اذا كان مهر مثلها أو أقل لخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الامر فكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته ونفيه الا الحال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا (قوله ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها) وكذا اذا زوج أم ولده ومدبرته

اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه *ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة رحمه الله ان ثمه تقيد بالعرف ومبنى الايمان على العرف وكذا التوكيل في النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله ينتظم الجائز والفاسد حتى لو زوج امرأة نكاحا فاسدا تنتهي به الوكالة وهذا لان الفساد والصحة صفتا العقد والاذن من المولى في أصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن في البيع والشراء ولان الحاجة الى اذن المولى اشغل رقبته بالمهر لا لتملك البضع لانه في حقه مبقي على أصل الحرية بدليل تمكنه من ازالة هذا الملك بلا استطلاع رأي المولى والفاسد فيه مثل الجائز لان الشغل يتعلق بهما بخلاف مسئلة اليمين فانه منع نفسه عن تملك البضع وعن شغل ذمته بالمهر وهو يملك كليهما على نفسه فيصح المنع منهما ولا يتصور المنع منهما الا بالنكاح الجائز لان تملك البضع لا يثبت بالفاسد وهنا الامر في حق تملك البضع لا يصح وانما يصح لشغل الرقبة بالمهر وذا يتحقق بالجائز والفاسد فانصرف الامر اليهما (قوله وجب الدين بسبب لا مرد له) وهو صحة النكاح فشابه دين

(قوله أن مبنى الايمان على العرف) أقول قد سبق في فصل الوكالة بالنكاح أن العرف العملي لا يصلح مقيدا للفظ (قال المصنف والمرأة أسوة للغرماء) أقول في القاموس الاسوة بالكسر وتضم القدوة وما يأتسي به الحزين الجمع اسى بالكسر ويضم اه وأنت خبير بان هذا المعنى لا يناسب المقام فان المرأة تأخذ معهم لا قبلهم (قوله وتقريره لان المقتضى موجود وهو ولاية المولى الخ) أقول فيه مسامحة اذ المقتضى هو التزويج بولاية المولى وولاية المولى مصححة للتزويج لكن المراد مقتضى صحة النكاح (قوله لان محلية النكاح بالآدمية) أقول لا بالمالية (قوله وحق الغرماء لا يلاقيها) أقول وانما يلاقي المالية (قوله بل يؤخر) أقول أي الزائد

(لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها) وانما يقال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله أن حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال الكثير فله أن يبوئها وأن لا يبوئها وأن يستخدمها بعد التبوئة لكنه يسقط نفقتها لما أشار اليه بقوله (لان النفقة تقابل الاحتباس) فان قيل انتفاء الاحتباس انما هو لابقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق أجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك قوله (ذكر تزويج المولى) يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى (عبده وأمته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا أن للمولى اجبارهما على النكاح) ومعنى الاجبار أن المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ وقوله (لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان) يعني أنه اذا حد ربما يقع الحد مهلكا أو جارحا ففي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله أن يرده فيملك الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا

ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها) لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له (فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا) لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال (ذكر تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما) وهذا يرجع الى مذهبنا أن للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا أن الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان فيملكه اعتبارا بالامة

وان شرط الزوج التبوئة لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوئة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوئة وعند الشافعي وأحمد يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا وعند مالك يسلمها للزوج ليلة بعد ثلاث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلاث والتبوئة ابطال له فيكون ابطال الحق الاعلى بالادنى واقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوئة بل بمجرد اطلاق وطئه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثبات بلا دليل لا يقال لما ملك منافع بضعها لزمه تسليمها الا انا نقول التسليم بالتخلية والتبوئة أمر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا له أن يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما أعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوئة فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوئة وبين أن يشترط الحر المتزوج بامة رجل حرية أولاده حيث يلزم في هذه الحالة وتثبت حرية ما يأتي من الاولاد وهذا أيضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب أن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التبوئة فان بتعليقها لا تقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل أن المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير أنه ان لم يف به لم يثبت متعلقه أعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مبوأة من الابتداء أو طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب (قوله قال) أي صاحب الهداية (ذكر) أي محمد (تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما) أي لم يشترطه (وهذا يرجع الى مذهبنا) لان المذهب (ان للمولى اجبارهما) أي ان يعقد لهما فينفذ عليهما علما أو رضيا أو لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف (وعند الشافعي لا اجبار في العبد) بل في الامة (وهو رواية) ذكرها (عن أبي حنيفة)

الاستهلاك اذا استهلك المأذون المديون عين انسان صار صاحب العين اسوة للغرماء (قوله فيملكه اعتبارا بالامة) فان في الامة انما ينعقد عقد المولى عليها بملك رقبتها لا بملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية الموجب للهلاك أو النقصان وليس المناط في جواز انكاح الامة جبرا تملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين

(قوله فانه اذا اشترى عبدا قد حد في الزنا الخ) أقول فيه تامل فان قوله فانه اذا اشترى الخ يدل على أن المحدودية في الزنا عيب سواء كان جارحا أو لا (قوله وليس المناط في جواز انكاح الامة جبرا تملك منافع بضعها الخ) أقول مخالف لما سبق في فصل المحرمات وقد نبهنا في أول الباب (قوله فكان التعليل به فاسدا) أقول ولو قيل مراد الشافعي أنه يملك منافع البضع مع البضع نفسه لا يرد عليه ما ذكره

بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما قال (ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها) اعتبارا بموتها حتف أنفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها أجنبي

صاحب الايضاح والطحاوي عن أبي يوسف وجعلها الوبرى رواية شاذة للشافعي وجهان أحدهما أن ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وكتزويجه مكاتبه ومكاتبته بخلاف أمته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما أنه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه له المقتضى لتمكنه من اصلاحه ودفع أسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنا الذي هو طريق الهلاك أو النقصان به أو في ماليته لتعيبه وأما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وأنها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها وأما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين أحدهما أن عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني أن حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها وأما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة فع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استطرقت مسئلة نقلت من المحيط هي أن المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال رقها ولم يعتبر بعد العتق هكذا تواردها الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجبر وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ في حالة الصبا أو عدم أهلية الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة بخلاف البالغ وسيأتي زيادة في ذلك وأما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ وقدرة ابطال ما أمضاه سيده شئ فيكون منتفيا فضعيف لان المراد والله اعلم على شئ من المال لسياقه في مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون وللقطع بانه يملك الطلاق وهو شئ ليس بمال (قوله ومن زوج أمته ثم قتلها الخ)

التزويج لا تستدعي ملك ما يملك بالنكاح طردا وعكسا ألا ترى أن الولي يزوج الصغيرة ولا يملك ما يملك عليها بالنكاح والزوج لا يزوج امرأته وهو مالك عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد وما قاله أنه غير مملوك للمولى عليه فاسد لان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على أصل الحرية فيستبد به وان كان فيه ضرر المولى كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته وأما عدم ملك طلاق امرأة عبده لما ان ازالة الحل لمن وقع له الحل فالحل واقع للعبد فكان الرفع له أيضا (قوله وهذا لان المقتول ميت باجله) اذ الموت عبارة عن انتهاء أيام الحياة وبالقتل تنتهي أيام حياته ولهذا لو قال لعبده فان مت فانت حر فقتل عتق وانما اعتبر القتل قطعا للحياة في حق القاتل اذ الزمه ضمان من دية أو قصاص اذ الضمان يختص بالقتل ولم يتعلق بقتل المولى أمته ضمان فاعتبر في حقه موتا لا قطعا للحياة فهو

الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز أجاب بقوله (بخلاف المكاتب والمكاتبة) فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تمليكهما اليد (التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما) وههنا فرع لطيف وهو أن المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الاجازة قال في النهاية وهذه من ألطف المسائل وأعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقها ولم يعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق (ومن زوج أمته) فماتت قبل الدخول بها فان ماتت حتف أنفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها أجنبي فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا مهر عليه للمولى

وله

وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في أحكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر (وان قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر) خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته

السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج أمته هو المستحق له فلو قتلها قبل الدخول سقط عند أبي حنيفة عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتله اياها بعد الدخول وبقتل أجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف أنفها لهما أن المقتول ميت باجله ولو ماتت حتف أنفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه كقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة أنه منع المبدل قبل التسليم والتسلم فيجازى بمنع البدل اذا كان من أهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول أو قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل في أحكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد أحلها له وقد ثبتت أحكامه كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطا وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها له ولو لم يكن من أهل المجازاة بان كان صبيا زوج أمته وصيه مثلا قالوا يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها أما الامة فلا رواية في ردتها واختلف المشايخ قيل لا يسقط لان المنع وهو المسقط لم يجئ ممن له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب أولا لها ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله (قوله وان قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فلها مهر مثلها) يستحقه ورثتها (خلافا لزفر) ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول له وله قول آخر بالسقوط وانما قيده بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن أبي حنيفة في رواية لا يسقط كالحرة بل أولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع البدل وهو قولهما وقول مالك وقول للشافعي وفي رواية يسقط وهو مذهب الشافعي لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها أو فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى

لا يمنع وجوب المهر كما لو قتلها أجنبي وكما لو قتلت الحرة نفسها وقتل السيد زوجها وقتلت الامة نفسها (قوله ولنا أنه منع المبدل) الى قوله والقتل في حق أحكام الدنيا جعل اتلافا يريد به اذ الزم القاتل حكم من أحكام القتل في الدنيا وان كان موتا عند الله تعالى وقد ثبت حكم القتل في قتل المولى أمته وهي الكفارة وانما بطل القود لفوات الفائدة لاستحالة أن يجب له عليه واذا قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يوجد منع المبدل ممن له البدل واذا قتل المولى زوجها قبل الدخول فما منع المعقود عليه من العاقد بل منع العاقد عن المعقود عليه وهذا لا يوجب سقوط البدل كالبائع اذا قتل المشتري قبل تسليم المبيع اليه ومتى قتل المبيع قبل التسليم سقط البدل ولا يلزم على هذا ارتضاع الصغيرة المنكوحة من أم زوجها وتقبيل المجنونة ابن زوجها بشهوة قبل الدخول فان المهر لا يسقط وان تحقق منع المعقود عليه من العاقد قبل التسليم لانهما ليستا من أهل المجازاة فان المجنونة أو الصغيرة اذا قتلت أباها لا تحرم عن الارث ولا تجب الكفارة لانهما يجبان جزاء بخلاف المولى فانه من أهل المجازاة حتى قالوا لو كان القاتل صبيا يجب أن لا يسقط المهر عند أبي حنيفة رحمه الله فان قيل أليس ان الصغيرة العاقلة اذا ارتدت تجازى بسقوط المهر ان كان قبل الدخول فقد جعلت الصغيرة من أهل المجازاة قلنا انما لا تجازى على افعال لا تكون محظورة في حقها والردة محظورة من الصبية العاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسبب الردة وتستتاب بالحبس ولان القتل يحل في بعض المواضع والردة لا تحل في موضع ما فلا يلزم من حظر الردة حظر القتل في حقها (قوله كما اذا ارتدت الحرة) اذا ارتدت قبل الدخول بها يسقط المهر

فالا المقتول ميت باجله عند أهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث (وله أن المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة) تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من أم زوجها أو المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من أهل المجازاة ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينافي الصغر المجازاة وأجيب بان ترك مجازاة الصغيرة انما يكون على أفعال غير محظورة والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله (والقتل في أحكام الدنيا) جواب عن قولهما لان الميت مقتول باجله (فان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وقتل المولى أمته

والجامع مابيناه ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة فى حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها بخلاف قتل المولى أمته لانه معتبر فى حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه قال (واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى) عند أبى حنيفة وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن فى العزل اليها لان الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفى العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما فى الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر

اليها والاوجه ماذكر فى وجه قول من قال من المشايخ فى ردتها بالسقوط وهو أن المهر يجب أولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولية ماذكر أنه اذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى الا ما فضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى أمته على قول أبى حنيفة (والجامع) بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها (مابينا) من منع المبدل قبل التسليم ولنا أن جناية المرء على نفسه هدر فى أحكام الدنيا انما يؤاخذ بها فى الآخرة ولذا قال أبو حنيفة ومحمد فى قاتل نفسه انه يغسل ويصلى عليه ولم يعتبراه باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة فى أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فيسقط بها المهر بخلاف قتل المولى أمته لانه معتبر فى أحكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها أما الامة فمهرها ملك المولى فكأنه فعله ابطالا لحق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدى فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال الحر اقتلنى فقتله كان على القاتل الدية لانه فى الاول مبطل لحق نفسه وفى الثانى مبطل لحق الورثة واستشكل بالحرة يقتلها وارثها لا يسقط المهر أجيب بانه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه فى المهر (قوله واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى عند أبى حنيفة) العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما فى مسلم من حديث عائشة رضى الله عنها عن (١) جدامة بنت وهب أخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أناس فسألوه عن العزل قال ذلك الوأد الخفى وكذا ذكر شعبة عن عاصم عن (٢) زرعة وصح عن ابن مسعود

رواية واحدة والامة اذا ارتدت أو قبلت ابن زوجها فقد ذكر فى الفوائد لا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله ان المهر يسقط أم لا من المشايخ من قال لا يسقط لان المنع ما جاء من قبل من له الحق وهو المولى حتى يجازى بمنع البدل ومنهم من يقول يسقط لان المهر يجب لها ثم ينتقل الى مولاها اذا فرغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف المهر الى دينها (قوله والجامع مابيناه) وهو قوله انه منع المبدل (قوله ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة فى حق أحكام الدنيا) حتى يغسل ويصلى عليه فشابه موتها حتف أنفها وهذا لان قتلها نفسها كموتها حتف أنفها اذ لا يمكن اضافة قتلها اليها حقيقة لان تمام القتل بالموت ولا يتم الا عند سقوط أهلية الفعل فلا يصح تحقيق الفعل منها ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انها تغسل ويصلى عليها وانما ينسب القتل اليها مجازا وكذا حكما لانه لم يثبت عليها شىء من أحكام القتل فبقى موتا حقيقة وحكما وتفويت المعقود عليه يتحقق بعد الموت وبعده لم يبق أهلا للفعل أصلا فلا يضاف التفويت اليها والمولى أهل للفعل فيضاف اليه ولان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا انما يعتبر تفويتا بعد الموت وبالموت ينتقل المهر الى الورثة فلا يسقط بتفويتها أما فى الامة فلان مهرها ملك المولى فكان فعله بابطال المبدل ابطالا لحق نفسه وهو يملك ابطال حق نفسه هذا كمن قال لغيره اقتل عبدى فقتله لا تجب القيمة على القاتل والحر اذا قال للرجل اقتلنى فقتله كان عليه ديته ولا يصح اذنه فى ابطال حق الورثة كذلك ههنا فان قيل هذا يشكل بالحرة اذا قتلها وارثها فانه لا يسقط المهر أيضا قلنا انما لا يسقط المهر لان الوارث صار محروما عن الميراث فلم يصر مبطلا حق نفسه فى المهر فكذلك لم يبطل المهر بابطال حقه فى المهر (قوله فالاذن فى العزل الى المولى) اعلم ان العزل جائز فى الجملة لما روى أن النبى عليه السلام قال اعزلوهن أو لا تعزلوهن ان الله تعالى اذا أراد خلق نسمة فهو خالقها خير بين العزل وتركه فدل انه مباح ولانه ليس فى العزل الا الامتناع عن اكتساب سبب الولد وانه جائز كوطء الحامل وقال بعض الناس لا يجوز العزل لانه عليه السلام سئل

لما بينا من الجامع) أنه منع المبدل قبل التسليم وقوله (ولنا أن جناية المرء) ظاهر وقوله (حتى تجب الكفارة عليه) يعنى اذا قتلها خطأ وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين قال (واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى) فى هذه المسئلة دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود عنه فقال لا بأس به ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نسمة فلو ألقيتها فى صخرة تخلق فيها وروى أبو سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله وهو على ثلاثة أقسام عزل عن أمته المملوكة له ولا اذن فيه الى أحد وعزل عن المرأة الحرة والاذن فيه اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفى تعيين الآذن اختلاف كما ذكره فى الكتاب وهو واضح

---

(١) جدامة بضم الجيم بعدها دال مهملة كما فى القاموس لا معجمة كما فى بعض النسخ كتبه مصححه

(٢) هكذا زرعة بالراء بعد الزاى فى بعض النسخ وفى بعض آخر زمعة بالميم بدل الراء وليحرر كتبه مصححه

(وان)

رضاها ووجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة

أنه قال هو الموؤدة الصغرى وصح عن أبى أمامة أنه سئل عنه فقال ما كنت أرى مسلما يفعله وقال نافع عن ابن عمر ضرب عمر على العزل بعض بنيه وعن عمر وعثمان أنهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففى الصحيحين عن جابر كنا نعزل والقرآن ينزل وفى مسلم عنه كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفى السنن عن أبى سعيد الخدرى أن رجلا قال يا رسول الله ان لى جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث أن العزل هو الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه وفى صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان عندى جارية وأنا أعزل عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيأ أراده الله تعالى قال فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التى كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم أنا عبد الله ورسوله فهذه الاحاديث ظاهرة فى جواز العزل وقد روى عن عشرة من الصحابة على وسعد بن أبى وقاص وزيد ابن ثابت وأبى أيوب وجابر وابن عباس والحسن بن على وخباب بن الارت وأبى سعيد الخدرى وعبد الله ابن مسعود وروى أيضا عن ابن عباس وحديث السنن يدفع حديث جدامة وهو وان كان فى السنن فهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف على يحيى بن أبى كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل فيه عن أبى مطيع بن رفاعة وقيل عن رفاعة وقيل عن أبى سلمة عن أبى هريرة فان الطرق كلها صحيحة وجاز أن يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق لكن بقى أنهما اذا تعارضا يجب ترجيح حديث جدامة لانه مخرج عن الاصل أعنى الاباحة الاصلية الا أن كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه وقد اتفق عمر وعلى رضى الله عنهما أنها لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع أسند أبو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن أبيه قال جلس الى عمر وعلى والزبير وسعد فى نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به فقال رجل منهم انهم يزعمون أنها الموؤدة الصغرى فقال على لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر فقال عمر صدقت أطال الله بقاءك وفيه خلاف ما عن على وعمر من المنع المتقدم ثم فى بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفى بعضها عدمها ثم على الجواز فى أمته لا يفتقر الى اذنها وفى زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفى منكوحته الامة يفتقر الى الاذن والخلاف فى أنه للسيد أو لها وهى هذه المسئلة وفى الفتاوى ان خاف من الولد السوء فى الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها ثم فى بعض نسخ الهداية وقال أبو يوسف ومحمد وهو الموافق لما ذكر الصدر الشهيد والعتابى وفى بعضها وعن أبى يوسف ومحمد وهى النسخة الصحيحة لانه لم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية بل ذكر الجواب فى الجامع الصغير أنه لمولاها من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله فى وجه قول أبى حنيفة ووجه ظاهر الرواية ووجه المروى عنهما أن الوطء حقها حتى ان لها المطالبة به وفى العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة ووجه الظاهر أن حقها فى نفس الوطء قد تأدى بالجماع فان قضاء الشهوة به وأما سفح الماء فانما فائدته الولد والحق فيه لمولاها لانه عبده ومستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذن أو بغير اذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه أم لا قالوا ان لم يعد اليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وان لم يبل لم يحل كذا روى عن على لان بقية

عنه فقال تلك الموؤدة الصغرى وعلى هذا الخلاف اذا وجدت الامة زوجها عنينا وفى كراهة الفتاوى ان خاف من الولد السوء يسعه أن يعزل عنها وان كانت حرة لسوء الزمان وكذا لو عالجت لاسقاط الولد لا يأثم ما لم يستبن شىء من خلقه وانما يستبين خلقه فى مائة وعشرين يوما (قوله ووجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد) وهو حق المولى لان الامة لا حق لها فى قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقا لها ابتداء وبقاء فانها لا تتمكن من مطالبة سيدها بالتزوج وانما كانت الكراهة للولد والحق فى الولد للمولى لا لها فيشترط

(وان تزوجت باذن مولاها) أو زوجها مولاها (ثم أعتقت فلها الخيار) ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا أو عبدا وقال الشافعي ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روى أن عائشة لما أرادت أن تعتق مملوكين لها متناكحين سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام قال وانما أمرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا أن عائشة أعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين) الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سها فسجد فالشافعي محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أن بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا

(وان تزوجت باذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة (وكذلك المكاتبة) يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر

المني في ذكره يسقط فيها ولذا قال أبو حنيفة فيما اذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم مال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل وفي فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل ولو كان الزوج عنينا قالوا الخصومة للمولى أولها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق شئ منه ثم في غير موضع قالوا ولا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة (قوله واذا تزوجت أمة باذن مولاها) أو زوجها وهو برضاها أو بغير رضاها (ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا) أما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم أعتقها فسياتي أنه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا) فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشا الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة أكان حين أعتقت حرا أو عبدا وفي ترجيح المعنى المعلل به أما الاول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواها القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس أنه كان عبدا وثبت في الصحيحين أنه كان حرا حين أعتقت وهكذا روى في السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة ترجيح أنه كان حرا وذلك أن رواة هذا الحديث عن عائشة ثلاثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة أنه كان حرا وأما عروة فعنه روايتان صحيحتان احداهما أنه كان حرا والاخرى أنه كان عبدا وأما عبد الرحمن بن القاسم فعنه أيضا روايتان صحيحتان احداهما أنه كان حرا

رضاه لا رضاها ولهذا فارق الحرة فان الولد حقها (قوله فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا) أي من غير قيد بان يكون الزوج حرا أو عبدا فينتظم الفصلين (قوله والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به) أي بتعليل النبي عليه السلام بملك البضع وعنده علة ثبوت الخيار ملك البضع وعدم الكفاءة وهما لا يوجدان فيما اذا كان زوجها حرا (قوله ولانه يزداد الملك عليها عند العتق) هذا

وروى أيضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود يسمى مغيثا فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمرها أن تعتد فاني يكون الشافعي به محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد أن بريرة أعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت أولى من النافي فليطلب ثمة وقوله (ولانه يزداد الملك) دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا وأجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجيء فيلزم عليها الزيادة اذا أعتقت وان كان حرا ولا نسلم أن أمره رضاها
عليه السلام بالبداءة بالغلام لذلك وانما كان لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانهما لو أعتقتهما معا لثبت الخيار أيضا عنده وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة تشرط في الابتداء دون البقاء ألا ترى أن الزوج ان أعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد (وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم أعتقت) كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا أو عبدا لزيادة الملك عليها (وقال زفر لا خيار لها) لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليل المنافية ظاهر مما تقدم

(قوله قال وانما أمرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار) أقول يعني قال الشافعي وانما أمرها الخ (قوله وقد تقدم بيانه) أقول في باب الاولياء والاكفاء

رضاها وانما أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان (وان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح)

والاخرى الشك ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يختص بالمروى فيه عن عائشة وهو أن رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو فيه للعطف لا للحال وحاصله أنه اخبار بالامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال أن يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح أن رواية كان حرا أنص من كان عبدا لما قلنا وتثبت زيادة فهي أولى وأيضا فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بانه كان حالته الاصلية الرق والنافي هو المبقيها والمثبت هو المخرج عنها وأما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي وغيره عينوه بعدم الكفاءة وهو ضعيف فان ثبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء ألا ترى أنه لو أعسر الزوج في البقاء أو انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها الا أنها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من رد المختلف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكأنه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه وأورد أنه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع أصل العقد وأجيب بانها لا تتمكن الا به مع أنه رضي به حيث تزوج أمة مع علمه بانها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها أصلا الى الموت فلا ضابط لذلك وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها روى أبو بكر الرازي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لها حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي عبيد عن عامر الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت قد عتق بضعك معك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة وأخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن فالواجب أن تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاه ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا أو عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت باداء الكتابة بعدما زوجها سيدها برضاها أو غيره وخالف زفر في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم أن سيد الامة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك أن لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه الصلاة والسلام ملكت بضعك فاختاري اذ المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق وأجيب بالمنع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وانما كانت مالكة لاكسابها ولقائل أن يقول ان قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العينه وملكها الاكسابها تبع لملكها المنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر وفي المبسوط لو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة بان ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند أبي يوسف لانها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد لا خيار لها لان باصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك بعارض الرق فاذا أعتقت عاد الملك الى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها (قوله وان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح) أي نفذ بمجرد العتق ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وانما فرضها في الامة ليرتب عليها المسئلة التي تليها تفريعا وعن

لا يلزم الشافعي رحمه الله لان الطلاق عنده معتبر بالرجال فلم يزدد الملك (قوله وان تزوجت أمة بغير اذن مولاها) الحكم في العبد كذلك وتخصيص الامة لبناء مسئلة المهر عليها (قوله ثم أعتقت صح النكاح) لانها

(وان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح)

لانهما من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق

زفر أنه يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته بعد بطلان ولا يتم واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة اذ لا واسطة وصار كما اذا اشترت ثم عتقت فانه يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين ولنا أن الامة والعبد من أهل العبارة ولذا صح اقرارهما بالديون وبطلانه بعد العتق وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهي مبقاة فيهما على أصل الحرية (وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال) بالعتق وحاصل هذا أنه نافذ من جهتها ويجب أن ينفذ من جهة المولى مادام حقه فاذا زال بقي النفاذ من غير جهة توقف وأما البطلان فيما ذكر فليس لما قال بل للزوم تحول حكم العقد الواحد فانه انعقد موجبا الملك للمولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجبا الملك لها أو ورد على التعليل النقض بصور هي ما لو تزوج بغير اذن مولاه ثم أذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع وما اذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولي بعد الوكالة وما اذا زوج ولي أبعد مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب أو مات فتحولت الولاية الى المزوج توقف على اجازة مستأنفة منه وكذا سيد المكاتبة الصغيرة اذا زوجها بلا اذنها توقف على اجازتها فاذا أدت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقبلة من السيد مع أنه المزوج أجيب عن الاول والثاني بأن الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى ما يستقبل من وقتهما فلا يعملان فيما قبلهما وكان مقتضى هذا أن لا يجوز بالاجازة أيضا الا أنا استحسناه وعن الثالث بأن الابعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا في شئ لا يتأنى في عواقبه ويحكم الرأي فيه بل يتوانى اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح ظاهرا فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت كونه أصلح قال في الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بأن الولي الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأي الاقرب أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه ووعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ (قوله ولا خيار لها) لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق انما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة الملك لذلك وأورد ينبغي أن يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق والجواب

من أهل العبارة فان قيل يشكل هذا بالشراء فان الامة اذا اشترت ثم أعتقها المولى فان الشراء يبطل قلنا انما كان كذلك لان الشراء انعقد موجبا الملك للمولى حين اشترت ولو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها فيتغير حكم من له الحق وأما ههنا فانعقد العقد موجبا للحل لها ابتداء وانتهاء (قوله وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال) فان قيل يرد على هذا الاصل نقوض منها ان العبد اذا تزوج بغير اذن مولاه ثم أذن له المولى في النكاح لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة ومنها ان الفضولي اذا زوج رجلا امرأة ثم وكله الزوج بالنكاح لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة ومنها ان الصغيرة اذا كان لها وليان أحدهما أقرب والآخر أبعد فزوجها الابعد حال قيام الاقرب فان مات الاقرب أو غاب غيبة منقطعة حتى تحولت الولاية الى الابعد لا يجوز الا باجازة مستأنفة ومنها ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة من انسان توقف النكاح على اجازتها فان أدت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقبلة قلنا أما الجواب عن الاول فان الاذن فك الحجر عن التصرف ولو جاز النكاح المباشر قبل الاذن لا يقع الاذن فكا فيمتنع وقضية هذا ان لا يجوز باجازة مستقبلة قياسا الا انا استحسنا وقلنا بالجواز عند الاجازة لقيام الاجازة مقام النكاح كما في نكاح الفضولي وهكذا نقول في الوكيل وأما الجواب عن الثالث فان الابعد حين باشره لم يكن وليا ومن لم يكن اليه الولاية في شئ لا يتأنى في عواقبه بل يتأنى في ذلك اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا تمكينا له من اكتساب أصلح الناكحين وبهذا الحرف

ولا خيار لها) أما صحة النكاح فلوجود المقتضى لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من أهله لكونهما من أهل العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال وأما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خصص الامة بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتأتى في حق العبد ويجوز أن يكون تخصيصه بالامة

لتفريع مسئلة الخيار عليها لانها تختص بالاماء دون العبيد وقوله (فان كانت تزوجت بغير اذنه) ظاهر وانما قال في صورة المسئلة بان المسمى ألف ومهر المثل مائة ليعلم أن المسمى وان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة تملكه وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله (والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى) للمولى ان أعتقها بعد الدخول والامة ان أعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع من الاستناد قائم لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا ألا ترى أن الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا تحل على زوجها الاول باعتبار أن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق أجيب بان ما ذكرته قياس فان القياس هو أن يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع

زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق (فان كانت تزوجت بغير اذنه على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى) لانه استوفى منافع مملوكة للمولى (وان لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها) لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت

أن الشئ يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار بعده (قوله فان كانت تزوجت بغير اذنه على ألف ومهر مثلها مائة) نص على زيادة المسمى على مهر المثل والجواب على التفصيل ان دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لانه استوفى منافع لها وكان يتبادر أن في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية حينئذ فكان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا أعتقت ووطئها يجب المسمى لها لانه يصح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب معه لا يقال فيجب أن يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر أثره في القائم لا في الفائت ومنافع البضع فائتة وحين فاتت فاتت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يرد فيقال لو استند الى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها وهو بمعزل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وبه تملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن والرق قائم هذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة

يقع الانفصال عن النقض الرابع كذا في الفوائد الظهيرية (قوله فان كانت تزوجت بغير اذن مولاها على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى) لانه استوفى منافع مملوكة للمولى فان قيل ينبغي أن يجب مهران مهر المثل بالدخول قبل نفاذ النكاح بناء على العقد الموقوف ومهر بالنكاح وهو المسمى كمن قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق فتزوجها ودخل بها طلقت وعليه نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول بحكم العقد ومهر بالدخول بعد الطلاق قلنا القياس كذلك ولكنا استحسنا وأوجبنا مهرا واحدا وهو المسمى وقت العقد لان العقد استند جوازه الى الاصل فصار ذلك العقد الموجود عاملا من الابتداء كأن الاذن كان مقترنا به فيجب مهر واحد وهذا لانه لو وجب المهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وانه ممتنع فان قالوا حكم النفاذ لا يظهر في المستوفى لانه معدوم والاستناد انما يظهر في الموجود لا في المعدوم قلنا بل يظهر هنا لان المستوفى له حكم الاعيان عندنا أو يقال أظهرنا حكم الاذن في البضع وهو موجود وما ورد الاستيفاء الا في بضع واحد فيجب عليه بدل واحد (قوله وان لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع

قوله لتفريع مسئلة الخيار عليها) أقول يعني قوله ولا خيار لها (قوله وكان ينبغي الى قوله لا الزائد على قيمة تملكه) أقول فيه بحث فان المرأة تأخذ ما تأخذه بدل منافع البضع أيضا غاية الامر أخذ المرأة ما زاد اذا لم تكن قيمة البضع من وجه فليتأمل (قوله وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله والمراد الخ) أقول والاظهر عندي أن قوله والمراد الخ جواب عما عسى يقال ينبغي أن يجب هنا مهر المثل عند أبي حنيفة لانه الاصل عنده على ما مر والتسمية غير صحيحة لعدم صحة النكاح من الابتداء وهو زمان وجود التسمية (قوله فان قيل كيف يستند الجواز) أقول المراد من الجواز النفاذ (قوله لان المانع من الجواز هو الملك الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الملك مانع عن النفاذ ابتداء لحق المولى ولا يمنع استنادا وغاية حقه أيضا حيث يستحق حينئذ المسمى وهو أكثر على ما فرض وفيه شئ لا يخفى جوابه أما الشئ فهو كونه أقل (٣) وأما الجواب فهو أنه (قوله اذا حرمت حرمة غليظة) أقول بان طلقها اثنتين (قوله وتزوجت بغير اذن المولى) أقول أي تزوجت بزوج آخر

عن الابتداء الا أنهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدى لان المانع من الاستناد على ماذكره من المسائل لم يزل والاولى أن يقال ليس المانع من الجواز فى الاستحسان الملك وانما هو الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى فتى أعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء فى نكاح موقوف الخ وأجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر فى القائم لا فى المتلاشى والمستوفى بالوطء متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهى قوله وان لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها أجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت قال (ومن وطئ أمة ابنه) ومن وطئ جارية ابنه (فولدت منه ولدا فهى أم ولده وعليه قيمتها دون المهر) وانما قال (ومعنى المسئلة أن يدعيه الاب) لان محمدا لم يذكر الدعوة فى الجامع الصغير (ووجهه أن للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء) لما روت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء (فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء) فان قيل لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما فى الطعام أجاب بقوله (غير أن الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه) ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية والدة للاستيلاد لكونه غير ضرورى (فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة) فان عورض بان الاستيلاد يعتمد

وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء فى نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا (ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهى أم ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه) ومعنى المسئلة أن يدعيه الاب ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير أن الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة

سواه فاذا أجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز أباها أو جدها وقدمنا فى باب الاولياء أنه يستغنى بخيار الادراك عن خيار العتق لانه المنجز (قوله ولهذا) أى الاتحاد بالاستناد (لم يجب مهر آخر) أى مهر المثل (بالدخول فى نكاح موقوف) وقد ذكرناه (قوله ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهى أم ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة أن يدعيه الاب) وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو أفاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة أشهر تصح استحسانا لا قياسا ولو كانا من أهل الذمة الا أن ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط أيضا كون الامة فى ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت فى غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك ولا يشترط فى صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا وشرط دعوة الجد لاب أن تكون حال عدم ولاية الاب لموت أو جنون أو رق أو كفر وأن تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا فى الاب (قوله ووجهه) أى وجه هذا المجموع (أن للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى ابقاء نفسه) لما نذكر فكذا الى صون نسله لانه كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس أشد منها الى حفظ النسل (فاذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة) ويحل له الطعام عند الحاجة اليه ولا يحل له وطء جارية ابنه

مملوكة لها) فان قيل ينبغى ان يجب المهر لسيدها لاستناد الجواز الى الاصل كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها قلنا حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه وهنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت الامة وزمان العقد السيد واذا كان المستحق زمان الثبوت الامة يمتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد

(قوله والمستوفى بالوطء متلاش الخ) أقول اذا كان المستوفى بالوطء متلاشيا فكيف يلزم باعتباره مهر كامل للمولى اذا كان الوطء قبل الاعتاق ولعل الاولى أن يقال النكاح منصوص فى التحليل فيراعى وجوده على وجه الكمال كما قالوا فى قبض المهر والرهن وما ثبت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فتامل (قوله لان المستحق زمان الثبوت الخ) أقول أى ثبوت النكاح ونفاذه

الملك كما فى المملوكة أو حق الملك كما فى المكاتبة وليس شئ من ذلك بموجود أجاب بقوله (ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح) يعنى الاستيلاد اما (حقيقة الملك أو حقه) على ماذكرنا (وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه) لانه بعدما علق الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا قدم كان الوطء واقعا فى ملكه (فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعى يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد) فانه يسقط الاحصان بهذا الوطء ولو كان فى الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر (والمسئلة معروفة) يعنى فى شروح الجامع الصغير وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا له وعنده بعده حكما له والذى ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على أن استيلاد الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطء فى الملك حتى لو خلا عنه أصلا لم يصح كما فى جارية الاجنبى فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقا على الوطء وبانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد وأجيب عن الاولى بانا نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد فى غير الملك حكما وفى تلك المسئلة نوع من الملك القائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود هنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادى فكان فيه شبهة يندرئ بها الحد (ولو كان الولد زوج جاريته اياه) أى أباه (فولدت لم تصر أم ولده ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لانه صح التزويج عندنا) وقال الشافعى لا يصح لان للاب حق الملك فى مال ولده حتى لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك فى جارية لا يجوز تزوجها اياها كالمولى اذا تزوج أمة من كسب مكاتبه لان حق الملك فى مال ولده أظهر ألا يرى أن استيلاده جارية الابن صحيح واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة

ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك أو حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطء يلاقى ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعى يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما فى الجارية المشتركة وحكم الشئ يعقبه والمسئلة معروفة قال (ولو كان الابن زوجها اياه فولدت منه لم تصر أم ولده ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر) لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعى لخلوها عن ملك الاب ألا يرى أن الابن ملكها من كل وجه

عند الحاجة اليه كذا عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن أنس وابن أبى ليلى ويجبر الابن على الانفاق عليه دون دفع الجارية اليه للتسرى فللحاجة جاز له التملك ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها فى الجمال أى ما يرغب به فى مثلها جمالا فقط وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لان الثانى للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادته عليه خلافا لزفر والشافعى فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطء شرطا لصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهى مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطء قلنا لازم كون الفعل زنا ضياع الماء شرعا فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعى والا فلا لزوم فظهر أن الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن أو غيره تجب حصة الشريك الابن أو غيره من العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك فى كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك له يكفى لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك فى باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى قوله أن لا تجب قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن فى قول تجب ولا يحد قاذفه اتفاقا لان شبهة الخلاف فى أن الملك ثبت قبل الايلاج أو بعده تسقط احصانه (قوله ولو كان الابن زوجها) أى زوج أمته (اياه فولدت منه لا تكون أم ولد للاب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر) وهذا لانه صح النكاح له خلافا للشافعى لان عنده لا يجوز تزوج الاب

لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث ثبت (قوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له) * وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد ولا يلزم على هذا اذا كانت مشتركة بين الاب والابن وولدت ولدا فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر اجماعا لان ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد فلا ضرورة فى تقديم الملك

(قوله ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه الخ) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على نفى حق الملك الا أن يقال حق الملك يستدعى نوع ملك والا فلا يكون حق ملك بل حق التملك

فمن المحال ان عملكها الاب من وجه وكذا علك من التصرفات مالا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا أنه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولده ولا قيمة عليه فيها ولا فى ولدها لانه لم عملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه أخوه فيعتق عليه قال (واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عنى بالف ففعل فسد النكاح) وقال زفر رحمه الله لا يفسد وأصله

جارية الابن ومبنى الخلاف فيه أن الثابت للاب فى جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزويجه اياها كأمة مكاتبه والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجوه تدل عليه بأنه أى الابن علك من التصرفات فيها مالا يبقى معه ملك الاب ولو قال مالا يجامعه ملك الاب كان أولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هى وطؤه اياها وانفراده بتزويجها واعتاقها من غير أن يضمن للاب شيأ فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الاب من كل وجه واذا ثبتت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام أحمد أنت ومالك لابيك اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح ألا يرى أن الواهب علك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد وأصل الحديث فى السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان لى مالا و والدا وان والدى يحتاج الى مالى قال أنت ومالك لأبيك وروى لو الدك ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم وأما ما روى فيه من حديث عائشة عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم فتعلقه بمجرد الاكل فان قيل لا نسلم أن حل الوطء وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك فى أم الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مملوكان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا فى رقهما لا فى ملك السيد * واعلم أن المجاز لا بد منه فى التركيب لانه أضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة فى مثله ثم أضافه مع الابن للاب باللام المفيدة للملك فى مثله والعطف عطف مفرد ولا عكن حقيقة الملك فى الابن فلزم فى المال أيضا نفى حقيقة الملك والا كانت اللام لمعنيين مختلفين فى اطلاق واحد بقى تعيين المعنى المجازى أهو حق الملك أو حق التملك فقد يقال حق الملك أقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها أولى ولكن الاحكام التى ذكرناها تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهى تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا تصير به أم ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا فى ولدها لانه لم علكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه أخوه فيعتق عليه وما عن زفر أنها تكون أم ولده لانها لما كانت أم ولده بالفجور فاولى بالحل بعيد صدوره عنه فان أمومية الولد فرع الملك الامة وملكها ينافى النكاح وانما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح (قوله واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عنى بالف ففعل فسد النكاح) وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه (وقال زفر لا يفسد وأصل الخلاف

شرطاه فيثبت الملك فى نصيب الابن حكما للاستيلاد فيجب العقر ولا يلزم أيضا ما اذا وطئ الاب جارية الابن وطئا غير معلق يجب العقر لان اثبات الملك بصفة التقديم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع لا يتأتى ههنا ولا يلزم أيضا ما اذا استولد جارية ابنه ثم قذفه انسان لا يحد ولو كان الملك ثابتا بوصف التقدم لوجب الحد على قاذفه لان الملك بوصف التقدم مجتهد فيه فيكون الوطء حراما عند البعض فيمكن فيه شبهة الزنا وبالشبهة تدرأ الحدود (قوله فمن المحال أن عملكها الاب من وجه) لانه اذا ثبت للاب من وجه لا يثبت للابن من ذلك الوجه فدل ان وطء الاب جارية ابنه حرام وقال ابن أبى ليلى لا باس للرجل أن يطأ جارية ابنه اذا احتاج اليه وهو مذهب أنس بن مالك رضى الله عنه ولكن الصحيح قول الجمهور * وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله هذا اذا كان الاب حرا مسلما وأما اذا كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا لم تجز دعوته لعدم الولاية والجد كالاب عند عدم الاب وأما أب الام فلا لانه لا ولاية له بحال (قوله مالا يبقى معها)

(فمن المحال أن عملكها الاب بوجه) من الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل (وكذا علك) الابن (من التصرفات مالا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه) وقوله (الا أنه يسقط الحد للشبهة) جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته غالبا يحرم تماعليه لم يحد ولم يذكره فى الكتاب واذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به (فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه (فلا تصير أم ولد له) وقال زفر تصير أم ولده لانه لو استولدها بفجور صارت أم ولده فاذا استولدها بالنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصير أم ولده وانا ماذكرنا أن ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء وقوله (ولا قيمة عليه فيها) ظاهر وقوله (واذا كانت الحرة تحت عبد) واضح الا ألفاظا ننبه عليها قوله (لصحة العتق عنه) أى عن الآمر

انه

وقوله (أعتق طلب التمليك منه تقديره أعتق عبدك الذى هو لك فى الحال عنى بيعك لى اياه بطريق الوكالة عنى فيكون أمرا باعتاق عبد الآمر عنه وقوله أعتقت يكون بمعنى قوله بعته منك وأعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق الا عن المامور بالاتفاق فلا يكون المقتضى أقوى من التصريح به أجيب بان الشئ قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا

كبيع الاجنة فى أرحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافى بين الملكين على ما مر فى فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها فان قيل وجب أن لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين أحدهما أن الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضرورى يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثانى أن الملك ههنا كما ثبت زال حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما ثبت زال أجيب عن الاول بان الشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثانى بان الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الائمة وأبى طاهر الدباس سلمنا أن الملك يثبت للوكيل لكن

أنه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه طلب أن يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا علك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالالف ثم أمره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله أعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافى بين الملكين (ولو قالت أعتقه عنى ولم تسم مالا لم يفسد النكاح

ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون ولاؤه له ولو نوى به الكفارة تسقط عنه وعنده يقع عن المامور لانه طلب أن يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا علك ابن آدم فيقع عن المامور (ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) والمقتضى هو تصحيح كلام هو صونا له عن اللغو اذ لا مانع منه بخلاف ما لو قال لعبده أعتق هذا العبد عن كفارة عينك لا يعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية أصل للتكفير بالمال وأصل الشئ لا يكون تبعا لفرعه ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك أولا له لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبت ألا يرى أن من قال لامرأته الامة اذا اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ فى مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك أولا له بل ابتداء يثبت للموكل فى الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لمولاه ابتداء وان وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب الفسخ اذ لم يخلص ثبوته له ليخلص ثبوت الملزوم (فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالالف وأمره باعتاقه عنه وقوله أعتقت تمليكا منه) ضمنا للاعتاق الصريح الواقع جوابا * واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المامور فيثبت البيع ضمنا فى هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنة فى الارحام وهذا لان الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشروط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت فى المامور فاذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه (قوله ولو قالت) ما تقدم كان اذا (١) ذكر ما لامر الامر فلو اقتصر على قوله أعتقه عنى ففعل المامور فعند أبى يوسف يقع عن الآمر ويتضمن الهبة

ملك الابن لو كان كالبيع والهبة (قوله واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح) فان قيل ينبغى أن لا يبطل النكاح لان الملك هنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق فلم يكن متقررا فلا يبطل به النكاح كالوكيل اذا اشترى منكوحته * قلنا الملك يثبت للموكل ابتداء فى الصحيح من المذهب ولئن ثبت للوكيل ثم ينتقل عنه كما زعم البعض فانما لا يفسد النكاح به لانه تعلق به حق غيره زمان الثبوت ومثله لا يفسد النكاح وفيما نحن فيه لم يتعلق به حق غيره فيفسد به النكاح * فان قيل أليس أنه لو قال لعبده كفر عينك بالمال فانه لا يعتق ولا يتمكن من التكفير بالمال الا بالعتق فكان ينبغى أن يثبت العتق اقتضاء * قلنا الحرية لا تصلح ان تثبت اقتضاء لان الثابت اقتضاء ثابت تبعا وبالحرية يصير أهلا للتكفير بالمال فكانت أصلا لا تبعا فلا تثبت اقتضاء ألا ترى أن الكفار لم يخاطبوا بالشرائع لانها لا تعتبر بلا ايمان ولا تثبت اقتضاء لانه يثبت أهلية أدائها فلا تثبت وعلى هذا يخرج قوله تزوج أربعا * فان قيل ينبغى أن لا يفسد النكاح لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة فى ثبوت العتق عن الآمر لا فى فساد النكاح * قلنا الشئ

(قوله تقديره أعتق الى قوله بطريق الوكالة عنى) أقول قوله بطريق الوكالة متعلق بقوله أعتق (قوله فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق الا عن المامور) أقول لانتفاء القبول (قال المصنف ولو قالت أعتقه عنى ولم تسم مالا لم يفسد النكاح) أقول فان قيل لم لم يقدموا البيع فى هذه المسئلة فان ذكر الثمن لا يلزم فى انعقاد البيع قلنا المقصود تصحيح التصرف واذا لم يذكر الثمن ينعقد البيع فاسدا على ما مر جوابه

(١) الضمير فى قوله ذكروا واقتصر مذكر باعتبار الشخص فان الذاكر والمقتصر فى هذه المسئلة هى المرأة كما لا يخفى كتبه مصححه

انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله (لانه) يعنى أبا يوسف (يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه) أى لتصرف الآمر لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد أمكن ذلك باسقاط القبول الذى

هو الركن فلأن يمكن باسقاط الشرط أولى فصار (كما اذا كان عليه كفارة ظهار

والولاء للمعتق) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره أن يطعم عنه ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسى بخلاف البيع لانه تصرف شرعى وفى تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر فى القبض أما العبد فلا يقع فى يده شئ لينوب عنه

(باب نكاح أهل الشرك)

ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع أنه لا قبض هنا منه وعندهما عن المأمور وحاصل وجههما أن فيه شرطا لا يمكن اثباته اقتضاء وهو القبض لانه فعل حسى غير القول والفعل الحسى لا يوجد فى ضمن القول ففعل اليد الذى هو الاخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجودا بوجوده بخلاف القول فانه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر وقول أبى اليسر قول أبى يوسف أظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لان الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه أما العبد فلا يقع فى يده شئ بالعتق ليمكن اعتباره قابضه نيابة أولا بل بالعتق تتلف ماليته والله أعلم

(باب نكاح أهل الشرك)

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبتيه من الاحرار والارقاء شرع فى بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين أو غيرهم وهو المراد باهل الشرك اما تغليبا واما ذهابا الى أن أهل الكتاب داخلون فى المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقد قدمناه فى فصل المحرمات واما اطلاقا للمشركين عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله

اذا ثبت ثبت بلوازمه وضرورته اذ لو لم تثبت لوازمه لاستحال ثبوته لان عدم اللازم يدل على عدم الملزوم ومن لوازم ثبوت الملك العارى عن تعلق حق الغير به فساد النكاح فيفسد * فان قيل اذا صرح بالمقتضى وهو التمليك لا يصح العتق عن الآمر بل يقع عن المأمور ذكره فى التقويم فلا يكون مقتضاه أقوى من التصريح * قلنا كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الاجنة فى أرحام الامهات فانه يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا وكذلك الحكم فى جنين الاضحية والجندى يصير مقيما باقامة السلطان فى المصر وان كان الجندى فى المفازة (قوله كما اذا كان عليه كفارة الظهار) فامر غيره ان يطعم عنه بان قال لآخر اطعم عنى عن كفارة يمينى عشرة مساكين فاطعم عنه تسقط عنه الكفارة ويصير ذلك قرضا على الآمر فقد سقط القبض وان كان لا يثبت الملك للمستقرض قبل القبض (قوله ولهما أن الهبة من شرطها القبض) ولا يمكن اسقاطه لانه انما يسقط تبعا ما يحتمل السقوط والقبض فى الهبة لا يحتمل السقوط بحال فلا يعمل فيه دليل السقوط وهو التبعية والركن فى البيع يحتمل السقوط كما فى بيع التعاطى * فان قيل أليس أنه لو قال لآخر أعتق عبدك عنى بالف درهم ورطل من خمر أنه يصح ويعتق عنه وان لم يوجد القبض والبيع الفاسد كالهبة فى اشتراط القبض * قلنا قد ذكر الكرخى رحمه الله ان العتق يقع عن المأمور هنا على قولهما والمذكور قول أبى يوسف رحمه الله ولئن سلم فالبيع الفاسد مشروع كالصحيح فاحتمل ان يسقط القبض عنه فيصح اسقاطه اقتضاء لان الفاسد يلحق بالجائز ويتعرف منه حكمه (قوله أما العبد فلا يقع فى يده شئ) لان الاعتاق اتلاف للملك والله أعلم بالصواب

(باب نكاح أهل الشرك)

فامر غيره أن يطعم عنه) ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض أو بغيره (ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة (فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء) وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى أن فيه طريقين أحدهما أن يسقط القبض كما يسقط القبول والثانى أن يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله (لانه فعل حسى) يعنى أنه ليس من جنس القول فلا يمكن أن يكون ثابتا فى ضمن قوله أعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات وأما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسى والفعل الحسى لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعى فيصح أن يثبت فى ضمنه قوله (وفى تلك المسئلة) أى مسئلة الامر بالاطعام (الفقير ينوب عن الآمر فى القبض) كالفقير فى باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه (أما العبد فلا يقع فى يده شئ) لان الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب فى التقرير *(باب نكاح أهل الشرك)* لما ذكر باب نكاح الرقيق للمناسبة التى ذكرناه ذكر من هو أدون منزلة وأخس منهم رتبة وإذا

(قوله وقد مكن ذلك باسقاط القبول الذى هو الركن) أقول القبول ركن زائد يوجد البيع بدونه كما فى البيع بالتعاطى (باب نكاح أهل الشرك)
(قوله لما ذكر باب نكاح الرقيق الى قوله وأخس منهم رتبة الخ) أقول قال الله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك

وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم (واذا تزوج الكافر بغير شهود أو فى عدة كافر وذلك فى دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) قيد بعدة كافر لانه لو كان فى عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا فى أهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون فى عدته ويجوز أن يصور بان أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهى فى عدة المسلم (وهذا عند أبى حنيفة وقال زفر النكاح فاسد فى الوجهين الا أنه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد فى الوجه الاول) وهو التزوج بغير شهود (كما قال أبو حنيفة وفى الوجه الثانى) وهو التزوج فى عدة كافر آخر (كما قال زفر) قال زفر (الخطابات

كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه (عامة كما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا) كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا (لا تقريرا فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) عملا بقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم (ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها) فان مالكا وابن أبى ليلى يجوزانه (ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات)

(واذا تزوج الكافر بلا شهود أو فى عدة كافر وذلك فى دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) وهذا عند أبى حنيفة وقال زفر النكاح فاسد فى الوجهين الا أنه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد فى الوجه الاول كما قال أبو حنيفة وفى الوجه الثانى كما قال زفر له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات ولابى حنيفة أن الحرمة

والمسيح ابن الله تعالى الله رب العزة والكبرياء عن ذلك وقدمنا أنه انما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما لباب المهر تبعا * واعلم أن كل نكاح صحيح فى حق المسلمين فهو صحيح اذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعى وأحمد وقال مالك لا تصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام اياهم مع ملزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ولعدم اشتراط الشهادة فى العقد عندهم قال ولو قلنا انها شرط فاذا عقده جماعة من المسلمين ينبغى أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة قال فينبغى أن يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وما لا ففاسد ولنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح وأسلم فيروز على أختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر احداهما وأسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم أمسك أربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الاسلام الى أن توفى صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء ولم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لقضت العادة بنقله فعلم أنه قول باطل (قوله واذا تزوج الكافر بغير شهود أو فى عدة كافر وذلك فى دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه وهذا عند أبى حنيفة وقال زفر النكاح فاسد فى الوجهين) أى النكاح بغير شهود وفى عدة كافر (الا أنا لا نتعرض لهم قبل الاسلام أو المرافعة الى الحكام) فالواو بمعنى أو (وقال أبو يوسف ومحمد فى الوجه الاول) وهو النكاح بلا شهود كما قال أبو حنيفة وفى الوجه الثانى) وهو ما فى عدة كافر (كما قال زفر لزفر أن الخطابات عامة على ما مر) فى الفصل الذى بذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها (وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولهما وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هنالك أيضا من أن مذهبهما ان أهل الذمة التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات وهذا تقييد له حيث أفاد أنهم التزموا المجمع عليه فى ملتنا لا مطلقا (قوله ولابى حنيفة أن الحرمة) أى حرمة

(قوله وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم) أقول بل المراد من أهل الشرك الكافر مطلقا بطريق التغليب لعموم الاحكام المذكورة (قوله وفيه نظر لان كلامنا الخ) أقول النظر مدفوع بما قلنا (قوله ويجوز أن يصور الخ) أقول ويمكن أن يتصور ذلك بان تكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لا كتاب له فى عدته وذلك فى دينه جائز فانه فاسد (قوله بان أشركت بعد الطلاق الخ) أقول فان قيل فحينئذ تكون مرتدة لا يجوز نكاحها قلنا لا يضرنا غايته أن يكون عدم جوازه معللا بعلتين (قوله كما مر من قبل) أقول فى فصل بذيل باب المهر (قال المصنف فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة) أقول قال تاج الشريعة أى العدة باقية حالة المرافعة أما اذا كانت العدة منقضية لا يفرق بالاجماع اه فيه بحث فانه اذا انعقد فاسدا لا ينقلب جائزا على ما علم من أصل زفر فى البيع الفاسد وغيره (قال المصنف ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها) أقول قال الزيلعى والخلاف فى صحة نكاحهم فى العدة بناء على أن العدة تجب عندهما وعنده لا تجب حتى لا يثبت له الرجعة ولا يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وقيل تجب عنده لكنها لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء اه وأنت خبير بانه لا يظهر وجه

ولكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة فاذا ترافعا أو أحدهما أو أسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم وأما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا نفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة أن حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما أن يكون للشرع أو للزوج لا سبيل الى الاول (لانهم لا يخاطبون بحقوقه) ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني (لانه لا يعتقده) لان هذا الوضع على ذلك الفرض وكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضى وهو صدور الركن من أهله مضافا الى محله وانتفاء المانع (بخلاف ماذا كانت تحت

مسلم) فان المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء (والشهادة ليست شرطا فيها) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة) يجب

لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ماذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة

النكاح بغير شهود ونكاح المعتده (لا يمكن اثباتها حقا للشرع) أي الشارع (لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ماذا كانت) الكتابية (تحت مسلم) طلقها فانه تجب العدة حقا له (لانه يعتقده) فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها (واذا صح النكاح) حال صدوره (فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها) بل في ابتداء العقد لصحته (وكذا العدة لا تنافيها) أي لا تنافي حالة بقاء العقد (كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة) حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وحرمتها عليه وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا أتت به بعد الطلاق لاقل من ستة أشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاول الاليق لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون به وفيه نظر لان تركهم تحرزا عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا اياه كالكفر تركوا واياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز أن يقال لا تجب واذا علم أن له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ومجيئها به لاقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن أبي حنيفة ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك أولا فلا فلنا أن نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط أن الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة أو الاسلام والعدة قائمة أما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظران الاول مقتضى توجيه أبي حنيفة أن الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الاصول من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون بها في أحكام الدنيا والمسئلة ليست محفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم أسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلافه لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون باحكام النكاح غير أن حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق أهل الذمة دون أهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني أن نفي أبي حنيفة العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها أن لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين وقع كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هنالك بقول المصنف لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء

عدم ثبوت النسب على القول الاول (قال المصنف لانهم لا يخاطبون بحقوقه الخ) أقول قال ابن الهمام وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا أتت به بعد الطلاق لاقل من ستة أشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع صحة النكاح لضعفها كالاستبراء وتزويج الامة في حال قيام وجوبه على السيد اه وأشار المصنف الى هذا أيضا في تتمة التعليل لكنهم صرحوا في باب المحرمات أنه مستحب لا واجب فليتأمل. ثم في قوله لاقل من ستة أشهر بحث (قال المصنف لانه لا يعتقده) أقول قال الاتقاني أي لا يعتقد الكافر العدة (فاذا

وتذكير الضمير على تاويل الاعتداد اه والاحسن أن يقال الضمير راجع الى وجوب العدة المدلول عليه بسياق الكلام (قال المصنف واذا صح النكاح فحالة المرافعة الخ) أقول قال الزيلعي وفي النهاية معزيا الى المبسوط أن الاختلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة أو الاسلام والعدة غير منقضية وأما اذا كانت المرافعة والاسلام بعد انقضاء العدة لا يفرق بالاجماع اه وفي كلام المصنف وكذا العدة الخ اشارة الى ذلك (قوله بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم الخ) أقول يلزم على ما اختاره الشارح أن تكون المشركة تحت المسلم

عليها العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى أن العدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه أو خامسة ثم أسلم أحدهما أو ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتباران لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا أسلم وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة وأما عنده فله حكم الصحة

في الصحيح بناء على ما ذكرنا أن الحرمة اما أن تكون للشرع أو للزوج الخ وقوله (في الصحيح) احترازا عن قول مشايخ العراق انه له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله (الا أن المحرمية) جواب عن هذا التشكيك ووجهه أن المحرمية تنافي بقاء النكاح) كما لو اعترضت على نكاح المسلمين رضاع أو مصاهرة (فيفرق) بينهما (بخلاف العدة لانها لا تنافيه) كما مر (ثم باسلام أحدهما يفرق بينهما) بالاتفاق (و) كذلك (بمرافعة أحدهما) وطلب حكم الاسلام عندهما لان اسلام أحدهما كاسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد لحكم الاسلام كما اذا أسلم وأما عند أبي حنيفة فلا يفرق برفع أحدهما لان الآخر قد

(فاذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما) لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما

ملكه للنكاح اذا سبي الزوجان معا وسنذكره تتمة (قوله فاذا تزوج مجوسي أمه أو بنته) أو مطلقته ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين في عقدة (ثم أسلما) أو أحدهما (فرق بينهما) اجماعا (لان نكاح المحارم) وما معه (له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا) يعني في قوله في المسئلة التي قبلها

(قوله واذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما) ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة يبطل النكاح * وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا له حكم الفساد اجماعا * وقال مشايخنا له حكم الجواز * واتفقوا على قول أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجري الارث ويقضى بالنفقة ولا يسقط احصانه متى دخل بها * واتفقوا على قوله أيضا انه لو تزوج أختين في عقدة واحدة ثم فارق احداهما قبل الاسلام ثم أسلما ان الباقية نكاحها على الصحة حتى يقران عليه * وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا النكاح باطل في حقهم ولا يتعرض لهم بعقد الذمة لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائع في ديارنا وهم من أهل دارنا فثبت الخطاب في حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى الكل وانما في وسعه جعل الخطاب شائعا فجعل شيوع الخطاب كالوصول اليهم ألا ترى أنهم لا يتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها * ولابي حنيفة رحمه الله ان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل لانهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه ليس برسول الله وولاية الالزام بالسيف أو المحاجة وقد انقطعت بعقد الذمة فقصر حكم الخطاب عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ فاذا اعتقدوا ذلك بان أسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم بخلاف الارث فانه ثبت بالنص بخلاف القياس فيما اذا كانت الزوجة مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر عليه ولانه ليس من ضرورة صحة النكاح التوارث فقد يمتنع التوارث باسباب كالرق واختلاف الدين ثم اذا رفع أحدهما الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يابى ذلك * وعندهما يفرق بينهما لان أصل النكاح كان باطلا وترك التعرض للوفاء بالعهد فاذا رفع أحدهما وانقاد لحكم الاسلام فرق بينهما كما لو أسلم أحدهما فاسلام أحدهما كاسلامهما فكذا رفع أحدهما كمرافعتهما * وله أن أصل النكاح كان صحيحا ورفع أحدهما الى القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر في ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده صار معارضا لاعتقاد الآخر فبقي حكم الصحة على ما كان بخلاف ما اذا أسلم أحدهما لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضا الاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا ترافعا لانهما انقادا لحكم الاسلام

(قوله وهذا كما ترى يشير الى أن العدة لا تجب عن الكافر الخ) أقول يعني قوله ان الحرمة لا يمكن اثباتها الى قوله بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم ثم أقول أنت خبير بان قوله وكذا العدة الخ يشير الى وجوبها فالمصنف جمع بين القولين حيث جعل أول التعليل بتعليل البعض وأتم آخره بتعليل البعض الآخر كذا في النهاية وقد سنح لخاطري قبل أن أراه ولله المنة (قوله وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين الخ) أقول لكن صرح الشارح وغيره في باب المحرمات بان استبراء السيد ليس بواجب بل مستحب وان لفظة على بمعنى الاستحباب الا أن يقال التشبيه بالاستبراء ليس الا في عدم منع النكاح دون الوجوب فليتأمل (قوله أو للزوج الخ) أقول فيه أن هذا غير محتمل هنا

والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده أما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما (ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع

ان أهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققناه من أن الكفار اما مخاطبون بالكل كقول العراقيين أو بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على أن له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام فى دارنا فتجعل نازلة فى حقهم اذ ليس فى وسع المبلغ سوى اشاعته دون أن يوصله الى كل واحد غير أنا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا أسلما أو أسلم أحدهما وجب التفريق وأما على ما اختاره القاضى أبو زيد وأتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو أسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشايخ العراق القدورى وغيره فانهم لا يوجبون النفقة والاحصان بناء على أن الخطاب غير نازل فى حقهم لانكارهم مع عدم ولاية الالزام فلان المحرمية تنافى البقاء كما تنافى الابتداء لكونها عدم المحل وأنت علمت أن هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغى أن يكون هو الوجه المختار وانما يصح ذلك فى الحربيين لعدم شيوع الخطاب فى دار الحرب ولانه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه فى حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمية كما ذكرناه وأما اذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق بينهما لانهما رضيا بحكم الاسلام فالقاضى كالمحكم وأما بمرافعة أحدهما فقالا كذلك يفرق كاسلام أحدهما وعند أبى حنيفة لا للفرق بين اسلام أحدهما ورفعه لان باسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده (واعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى) بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فبقى الامر الشرعى بعدم التعرض له بلا معارض والاوجه تخريج الخلاف فى مرافعة أحدهما على الخلاف فى أنه حين صدر كان باطلا عندهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انقاد أحدهما لحكم الاسلام كان كاسلامه وعنده كان صحيحا ورفع أحدهما لا يرجحه على الآخر فى ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الاسلام أو المرافعة أما اذا لم يكن أحدهما فلا تفريق الا فى قول أبى يوسف الآخر على ما فى المبسوط فى الذميين أنه يفرق اذا علم ذلك لما روى أن عمر كتب الى عماله أن فرقوا بين المجوس ومحارمهم أجيب بانه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصرى ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت الفتوحات الى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع وفى الغاية معزيا الى المحيط لو طلبت المطلقة ثلاثا التفريق يفرق بينهما وكذا فى الخلع يعنى اذا اختلعت من زوجها الذمى ثم أمسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم وكذا فى المطلقة الثلاث لانهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا خصوص عدد وفى النهاية لو تزوج أختين فى عقدة ثم فارق احداهما ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقرا عليه اه و ينبغى على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسدا ووجب التعرض بالاسلام (قوله ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة) أما المسلمة فظاهر لانها لا تكون تحت كافر وأما الكافرة فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تزوج

فثبت حكم الخطاب فى حقهما بانقيادهما له * واليه أشار الله تعالى فى قوله فان جاؤك فاحكم بينهم بما أنزل الله * وفى المبسوط فاما اذا تزوج الكافر ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا يتعرض لهم فى ذلك وان علم القاضى ما لم يرفعوا اليه الا فى قول أبى يوسف الآخر ذكره فى الطلاق أن يفرق بينهما اذا علم ذلك لما روى أن عمر رضى الله عنه كتب الى عماله أن فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم

في

استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر (اذ لا يتغير به اعتقاده) بل يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم اذ الاسلام يعلو ولا يعلى وأما اذا ترافعا فلابد من التفريق بينهما بالاجماع (لان مرافعتهما كتحكيمهما) ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضى أولى بذلك لعموم ولايته وقوله (ولا يجوز ان يتزوج المرتد) واضح

(قال المصنف اذ لا يتغير به) أقول ذكر ضمير المرافعة على تاويل الرفع

فى حقه (وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر) لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه (فان كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه) لان فى جعله تبعا له نظرا له (ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابى) لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعى يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح

أصلا لانها محبوسة للتأمل ومناط المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع الا لها فكان أحق بالمنع من منع تزوج المرأة عبدها أو بالعكس (قوله فان كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) يتحقق من الطرفين فى الاسلام العارض بان كانا كافرين فاسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده فى مدة يثبت النسب فى مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل اسلام أحدهما فانه باسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلما هذا اذا كانا فى دار واحدة أما لو تباينت دارهما بان كان الاب فى دار الاسلام والولد فى دار الحرب أو على العكس فانه لا يصير مسلما باسلام أبيه وسنذكرها فى السير فى فصل من باب المستأمن ان شاء الله تعالى وأما فى الاسلام الاصلى فانه انما يتحقق بان تكون الام كتابية والاب مسلم فما جاءت به فهو مسلم وحينئذ لا حاجة الى التنصيص على هذه المسئلة بقوله وكذلك اذا أسلم أحدهما الخ فانها داخلة فى عموم الاولى ومن أفرادها وهذه اجماعية فقسنا عليها اما اذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا أما أو أبا فحكمنا بان الولد كتابى بجامع الانظر للولد فى الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالاحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفى الاخرى بنقصان العقاب اذ الكتابية أخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه فى الاحكام (والشافعى يخالفنا فيه) أى فيما اذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسى فى أصح قوليه وبه قال أحمد تغليبا للتحريم وقوله الآخر انه كتابى تبعا لابيه وبه قال مالك لان الانتساب الى الاب ولو كانت الام كتابية والاب مجوسيا فهو تبع له قولا واحدا فلا تحل مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض أى تعارض الالحاقين أى الالحاق باحدهما يوجب الحرمة وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالالحاق بالمجوسى (ونحن بينا الترجيح) بالقياس بجامعه وهذه الاحكام انما تثبت تبعا والمقصود الاصلى اثبات ديانته على وجه النظر له على ما بينا وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة فاذا لم يتفقا بقى على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب الى أصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه وأما ما قيل فى ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعى بان ترجيحه برفع التعارض وترجيحنا بدفعه فلا حاصل له اذا تاملت * واعلم ان التعارض هنا تجوز فان ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكمهما وليس هنا الا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير آخر فلما اشترك مع المعارضة فى ترجيح أحدهما بالقول به سمى تعارضا والا فالتعارض تقابل الحجتين على السواء وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين (قوله

عن الزمزمة اذا أكلوا ولكنا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصرى ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام (قوله فان كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) * فان قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أى كافر كان * قلنا هذا محمول على حالة البقاء بان أسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بالولد (قوله والشافعى رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض) لان المعارضة تحققت بينهما وأحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيرجح المحرم على المبيح حتى لا تحل ذبيحته ولا مناكحة المسلمين (قوله ونحن بينا الترجيح) وهو قوله لان فيه نوع نظر له وذلك لانا لو قلنا بانه كتابى يحل أكل ذبيحته ويجوز

وقوله (بل لمصالحه) يريد به السكنى والازدواج والتوالد والتناسل وقوله (فان كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أى كافر كان وأجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان أسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد وقوله (والشافعى يخالفنا فيه) أى فى جعل الولد تبعا للكتابى (للتعارض) جعله تبعا للكتابى يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسى يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم (ونحن بينا الترجيح) وهو قوله لان

(قوله وأجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان أسلمت المرأة ولم يعرض الخ) أقول هذا الحكم يستفاد من قوله وكذا اذا أسلم أحدهما بطريق الدلالة كما لا يخفى ولا يبعد ان يقال محمل المسئلة ما اذا تزوج الكافر بالمسلمة بالقهر والغلبة كما وقع فى الفتن التتارية عليهم لعائن الله تترى (قوله اذ الكفر ملة واحدة الخ) أقول فيه بحث فان ذلك عندنا واما عنده فملل شتى والتفصيل فى باب المرتدين من الكافى وغيره على ان اثبات المدعى لا يتوقف عليه حتى يبطل به فانه لا يمكن ان يقال أحدهما خير من الآخر حتى يترجح به

(واذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الاسلام) فان أسلم فهى امرأته وان أبى فرق القاضى بينهما وكان ذلك طلاقا عند أبى حنيفة ومحمد (وان أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان أسلمت فهى امرأته وان أبت فرق القاضى بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف لا تكون الفرقة طلاقا فى الوجهين أما العرض فمذهبنا وقال الشافعى لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن

واذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) سواء كان كتابيا أو غيره اذ لا يصح تزوج الكافر مطلقا مسلمة ولو وقع عوقب وعوقبت أيضا ان كانت عالمة بحاله والساعى بينهما أيضا امرأة أو رجلا ولا يصير به ناقضا العهد ان كان ذميا فلا يقتل خلافا لمالك قاسه على ما اذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله قلنا كالزام المسلم بالاسلام أن لا يفعل محظوره وبفعله لا يصير شرعا ناقض الايمان فبفعل الذمى ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضا الامانه وقتل الطليعة لانه محارب معنى ولو أسلم بعد النكاح لا يقران عليه ولا يلحقه اجازة لانه وقع باطلا وقال فى اسلام الرجل وتحته مجوسية لان كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلهذا فرضها فى المجوسية وحاصل المسئلة أنه اذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان أو الزوجة منهما مجوسية والزوج كتابى أو الزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج مجوسى عرض على المصر الاسلام اذا كان بالغا أو صبيا يعقل الاديان لان ردته معتبرة فكذا اباؤه والنكاح قائم فان أبى فرق بينهما وان كان الصبى مجنونا عرض على أبويه وينبغى أن يكون معنى هذا أن أى الابوين أسلم بقى النكاح لانه يتبع المسلم منهما وان لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الاديان بعد انتظر عقله لان له غاية معلومة بخلاف الجنون هذا على قولهما أما على قول أبى يوسف فاختلف المشايخ فى اباء الصبى قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل يعتبر وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبى وما لم يفرق القاضى هى امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وان لم يدخل بها لان النكاح كان قائما ويتقرر بالموت وقال الشافعى لا يعرض على المصر لانه تعرض منهى عنه بل ان كان الاسلام قبل الدخول انقطع النكاح فى الحال لعدم تأكده وان كان بعده تأجل الى انقضاء ثلاثة أطهار وقول المصنف ثلاث حيض لا يتأتى على مذهبه فى العدة فان لم يسلم تزوجت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة واضافة انقطاع النكاح الى الاسلام لا نظير له فى الشرع ولا أصل يلحق به قياسا بجامع صحيح ولا سمعى يفيده بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة اليه والاسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية ولانه يرجع الى اسلام المسلم لانه الذى به حصل الاختلاف وكفر المصر لا يمنع والا لم يصح النكاح من الاصل فلم يبق الا اباء الاسلام لانه يصلح قاطعا فاضفنا انقطاع النكاح اليه فكان هو المناسب وفى الموطا عن ابن شهاب الزهرى أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان ابن أمية من الاسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر أما نفس الكلام معه بتخيير الا يمتنع ولانه استعلام حكم شرعى هل نزل بالمرأة أولا ثم تأيد بما ذكره الطحاوى وابن العربى فى المعارضة أن عمر فرق بين نصرانى وبين نصرانية باباءه عن الاسلام وذكر أصحابنا أن رجلا من تغلب أسلمت امرأته وهى نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب فقال له أسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما وظهر حكمه بينهم ولم ينقل خلاف أحد له (قوله وكان ذلك) يعنى تفريق القاضى عند اباء الزوج (طلاقا) بائنا والحاصل أن أبا يوسف لا يفرق بين التفريق فى الصورتين فجعله فسخا لا ينقص شيأ من عدد الطلاق وأبو حنيفة ومحمد يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابى يوسف أن الفرقة بسبب يشترك فيه يعنى الاباء فانه ممن أسلم عن

منا كتبه (قوله وان أسلم الزوج وتحته مجوسية) قيد بالمجوسية هنا وأطلق فى جانب الزوج حيث قال واذا

فيه نوع نظر فان قلت على ماذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن أين تقوم الحجة قلنا ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع أولى من الرفع لان كم من واقع لا يرفع قال (واذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) أطلق الكفر فى قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع كافر أى كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح

وقوله (كما فى الطلاق) يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة وقوله (الى انقضاء ثلاث حيض) ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه وكان الشافعى يقول ينبغى أن يتأجل عندكم الى انقضاء ثلاث حيض ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما فى الاستبراء (ولنا أن المقاصد) بالنكاح (قد فاتت) وتقريره باسلام المرأة أو زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما أن يكون هو الاسلام أو كفر من بقى عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثانى لان كفر من بقى على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوتها بقاء فلا بد من أمر آخر غيرهما (فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد به) ان أسلم أو يثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء فان الاباء عنه صالح لسلب النعم واذا أضيف الفوات اليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفى كلام المصنف نوع اغلاق لانه يلزم عليه أن يقال فوات المقاصد يصلح سببا ينبنى عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تأملت فيما ذكرته حق التامل أزال عنك الشبهة ولما

لا نتعرض لهم الا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلاث حيض كما فى الطلاق ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام أو تثبت الفرقة بالاباء وجه قول أبى يوسف أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما أن بالاباء امتنع الزوج عن

الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام أو هو على معنى أنه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه لا يكون طلاقا فانه لو جد منها لا يكون طلاقا والفرض وحدة السبب فصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والمحرمية بالرضاع فانهما يشتركان فيه بمعنى أنه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما أنه فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضى منابه فى ذلك فيكون طلاقا اذ كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه التفريق به والذى اليه الطلاق وأما المرأة فالذى اليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا أبت ناب القاضى منابها فيما اليها التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضى نائب منابهما فيهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والمحرمية فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافى وأما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل الى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطارق لا يكون للنكاح انعقاد من الاصل فالوجه فى الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا وبخلاف

أسلمت المرأة وزوجها كافر لان النكاح لا يبقى مع كفر الزوج بالاباء عند اسلام المرأة أى كفر كان وأما كفر المرأة عند اسلام الزوج فانما يوجب التفريق اذا لم يجز ابتداء النكاح مع ذلك الكفر كما فى المجوسية وأما اذا كانت كتابية يبقى النكاح بينهما كما يجوز ابتداؤه وان أبت فرق القاضى بينهما فان لم تسلم المرأة حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل لان النكاح منتهى بالموت حيث لم يفرق القاضى بينهما فيتقرر به جميع المهر كذا فى المبسوط (قوله فيتأجل الى انقضاء ثلاث حيض) كما فى الطلاق العدة عند الشافعى رحمه الله فى الطلاق بالاطهار فكان ينبغى أن يقول الى انقضاء ثلاثة أطهار لانه قال كما فى الطلاق والعدة فى الطلاق عنده بالاطهار (قوله كما فى الطلاق) فان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعد الدخول لا يرفع الا بعد انقضاء العدة (قوله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه يتحقق

فرغ من البحث مع الشافعى شرع فيه مع أبى يوسف فى أن الفرقة فى الوجهين لا تكون طلاقا ووجه قوله ماذكره أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية ولهما أن الزوج امتنع بالاباء عن

(قوله ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة الخ) أقول فيه بحث فانه يقول اذا حاضت بعد اسلام من أسلم منهما ثلاث حيض انقضت عدتها فيحل لها التزوج بمن شاءت صرح به الزيلعى فى شرح الكنز فلا يصح أن يقال المدة لم تعتبر

للعدة (قوله ولنا أن المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره باسلام المرأة أو زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح الخ) أقول أنت خبير بان فوات المقاصد حصل قبل العرض فكيف يكون الاباء سببا له ثم ليت شعرى ما الحاجة الى توسيط فوات المقاصد فانه لو ورد فى سبب الفرقة ابتداء لاستقام الكلام والظاهر أن مراد المصنف بالفوات المذكور هو الفرقة والالف واللام فى الفرقة للعهد فليتامل فان ذلك بعيد غاية البعد ألا ترى الى قول المصنف لتحصل المقاصد بالاسلام (قوله فلا بد من أمر آخر غيرهما) أقول يجوز أن يقال السبب هو اختلاف الدين المستلزم لذل المسلم فى الكتابى وفى غيره هو الاختلاف فى ذلك الدين فليتامل (قوله واذا أضيف الفوات اليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء) أقول الفوات متقدم على الاباء فكيف يكون المتأخر سببا للمتقدم (قوله ووجه قوله ماذكره أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان الخ) أقول الاولى أن يقرر هكذا هذه الفرقة فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان قال ابن الهمام على معنى أنه يتحقق منهما وهو الاباء أو يكون المراد أن الاباء يشتركان فيه فانه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام اه الا أن قوله كالفرقة بسبب الملك يعين المعنى الاول ويجوز أن يقال الملك نسبة يشترك

الامساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح باحسان كما في الجب والعنة وقوله (مع قدرته عليه بالاسلام) زيادة تأكيد وأرى أن تركه كان أفضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة وقوله (أما المرأة فليست بأهل للطلاق) واضح وقوله (فأشبه الردة والمطاوعة) بفتح الواو يعني أنها اذا ارتدت والعياذ بالله أو مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله (واذا أسلمت المرأة في دار الحرب) ظاهر وقوله (والعرض على الاسلام متعذر) من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يشجع عليه الا أفراد البلغاء وقوله (فأقمنا شرطها) أي شرط الفرقة (وهو مضي الحيض) الثلاث ان كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر ان لم تحض (مقام سبب الفرقة) قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الاباء وقوله (كما في حفر البئر) يعني في قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى فعل الواقع في البئر التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فأضيف الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه في غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة اذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (ولافرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) عندنا والشافعي

الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها (ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها) لتأكده بالدخول (وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة (واذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولافرق بين المدخول بها وغير المدخول بها

ردته أيضا على قول أبي حنيفة لان الفرقة فيها للتنافي أي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذه جلي ولا يحتاج اليه في الاباء فعلم أن الاباء غير مناف للنكاح *(فرع)* يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما مادامتا في العدة أما في الاباء فلان الفرقة بالطلاق وأما في الردة فلان الحرمة بالردة غير متأبدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متأبدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة (قوله واذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض) ان كانت ممن تحيض والا فثلاثة أشهر فان أسلم الآخر قبل انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى

من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذا فرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه (قوله لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلاث حيض) فان لم تكن من ذوات الحيض فحتى يمضي ثلاثة أشهر (قوله فأقمنا شرطها وهو مضي ثلاث حيض) لما أن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي فقام مقام السبب وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام كما في حفر البئر فانه اذا وقع فيها انسان ولم يكن اضافة الحكم الى العلة وهي ثقل الواقع لانه طبعي لا تعدي فيه أضيف الى الشرط وهو الحفر كذا ههنا مست الحاجة الى الفرقة تخليصا للمسلمة عن ذل الكافر فأقمنا شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام عرض القاضي وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم اذا وقعت الفرقة قبل الدخول بذلك فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول بها والمرأة حربية فكذلك لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وان كانت هي المسلمة فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي وأصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية لم تلزمها العدة عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا أن تكون حاملا وعندهما تلزمها العدة (قوله ولافرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) أي في اشتراط مضي ثلاث حيض الفرقة (قوله

فيه المتسببان (قوله وقوله مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تأكيد وأرى أن تركه كان أفضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة) أقول انما ذكر ذلك لاظهار أن تفريق القاضي هنا بالطريق الاولى حيث يحل بمقدوره بالامساك بمعروف بخلاف العنين والمجبوب فليتأمل (قوله قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الاباء) أقول الاباء سبب لحكم القاضي بالفرقة كالشهادة العادلة في القضاء بالحقوق فالفرقة حقيقة بتفريق القاضي

(والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام) من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا أن هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فتستوي فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب في الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض وأما ههنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها (واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة لها) بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وقوله (وان كانت هي المسلمة) ظاهر وقوله (فلان يبقى أولى) لان البقاء أسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل في الابتداء ألا ترى أن المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء قال (واذا خرج أحد الزوجين الينا) صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير دليله أن التباين أثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بأمان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فان ولايته انقطعت ولم تؤثر في الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم

والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى (واذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى أولى قال (واذا خرج أحد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما) وقال الشافعي لا تقع (ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع) وقال الشافعي وقعت فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له أن التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة

انقضت وقعت الفرقة ثم قال المصنف (واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية) بان كان الذي أسلم هو الزوج (فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما) قال (وسيأتيك) يعني في مسئلة المهاجرة فالحاصل أنه لا عدة بعد البينونة عند أبي حنيفة في الصورتين وعندهما اذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكأنه أخذه من قول محمد في السير فيما اذا أسلمت المرأة في دار الحرب بعد أن ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الاول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها مادامت في العدة في الثلاث الحيض الاواخر ثم قال محمد وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن لا يكون عليها عدة وأما الطحاوي فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال ومن أسلمت امرأته في دار الحرب الى أن قال فاذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا أي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لا بد من سبب تضاف اليه الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو متعذر في دار الحرب فأضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة وللاضافة الى الشرط عند تعذرها الى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقوله والعرض على الاسلام الوجه فيه وعرض الاسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره في اللغة عرضت الناقة على الحوض وخرق الثوب المسمار بنصب المسمار (قوله واذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ظاهر (قوله واذا خرج أحد الزوجين الينا مسلما وقعت البينونة) حكم المسئلة لا يتوقف على خروجه مسلما بل وذميا كما سنذكر (قوله فالحاصل أن السبب الخ) اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما فقلنا نعم وقال الشافعي لا وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا فقلنا لا وقال نعم وقوله قول مالك وأحمد فيتفرع عليه أربع صور وفاقيتان وهما لو خرج الزوجان الينا معا ذميين أو مسلمين أو

والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام) هو يقول ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام أحدهما في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضي ثلاثة قروء فعنده لا يختلف الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه بنى الحكم على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده (قوله واذا خرج أحد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما) خلافا للشافعي رحمة الله تعالى عليه والخلاف فيما اذا خرج أحد الزوجين مسلما غير مراغم وأما اذا خرجت المرأة مراغمة مسلمة وقعت الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج وأما اذا خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج مسلما أو ذميا تقع الفرقة لتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه كذا في المبسوط (قوله له ان التباين أثره في انقطاع الولاية) المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه

(قوله ولنا أن هذه الحيض الى قوله فيستويان فيها) أقول فيه تأمل (قوله فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث (قوله وهذا لابطال دليل الخصم) أقول فيه تأمل فان ذلك أيضا لاثبات مذهبه أن التباين ليس سببا للفرقة ولا تعلق له بدليل الخصم والجواب أن كون التباين سبب الفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة في المتن فانه كبراه فابطاله ابطال الدليل

الامساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضى منابه فى التسريح باحسان كما فى الجب والعنة وقوله (مع قدرته عليه بالاسلام) زيادة تاكيد وأرى أن تركه كان أفضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة وقوله (أما المرأة فليست بأهل للطلاق) واضح وقوله (فأشبه الردة والمطاوعة) بفتح الواو يعنى أنها اذا ارتدت والعياذ بالله أو مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتاكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله (واذا أسلمت المرأة فى دار الحرب) ظاهر وقوله (والعرض على الاسلام متعذر) من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب الذى لا يشجع عليه الا أفراد البلغاء وقوله (فاقمنا شرطها) أى شرط الفرقة (وهو مضى الحيض) الثلاث ان كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر ان لم تحض (مقام سبب الفرقة) قال فى النهاية وهو تفريق القاضى عند اباء الزوج الاسلام وكانه أراد أنه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الاباء وقوله (كما فى حفر البئر) يعنى فى قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى فعل الواقع فى البئر التى حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدى فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشى وقد تعذرت كذلك لان المشى فى الطريق مباح لا محالة فاضيف الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه فى غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة اذا كانت مسلمة فهى كالمهاجرة على ما سيأتى حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (ولافرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) عندنا والشافعى

الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضى منابه فى التسريح كما فى الجب والعنة أما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب القاضى منابها عند ابائها (ثم اذا فرق بينهما باباتها فلها المهر ان كان دخل بها) لتاكده بالدخول (وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة والمطاوعة (واذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربى وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولابد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب كما فى حفر البئر ولافرق بين المدخول بها وغير المدخول بها

ردته أيضا على قول أبى حنيفة لان الفرقة فيها للتنافى أى هى تنافى النكاح ابتداء فكذا بقاء ولذا لا يحتاج فى ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه فى خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفى والضرر فى هذه جلى ولا يحتاج اليه فى الاباء فعلم أن الاباء غير مناف للنكاح ✽(فرع)✽ يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبى بعد التفريق عليهما مادامتا فى العدة أما فى الاباء فلان الفرقة بالطلاق وأما فى الردة فلان الحرمة بالردة غير متابدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متابدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة (قوله واذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربى وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض) ان كانت ممن تحيض والا فثلاثة أشهر فان أسلم الآخر قبل انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى

من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وبملك أحد الزوجين صاحبه (قوله لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلاث حيض) فان لم تكن من ذوات الحيض فحتى يمضى ثلاثة أشهر (قوله فاقمنا شرطها وهو مضى ثلاث حيض) لما أن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعى فقام مقام السبب وهو تفريق القاضى عند اباء الزوج الاسلام كما فى حفر البئر فانه اذا وقع فيها انسان ولم يكن اضافة الحكم الى العلة وهى ثقل الواقع لانه طبعى لا تعدى فيه أضيف الى الشرط وهو الحفر كذا هنا مست الحاجة الى الفرقة تخليصا للمسلمة عن ذل الكافر فاقمنا شرط البينونة فى الطلاق الرجعى مقام عرض القاضى وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم اذا وقعت الفرقة قبل الدخول بذلك فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول بها والمرأة حربية فكذلك لان حكم الشرع لا يثبت فى حقها وان كانت هى المسلمة فكذا الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه لا توجب العدة على المسلمة من الحربى وأصل المسئلة فى المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية لم تلزمها العدة عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا أن تكون حاملا وعندهما تلزمها العدة (قوله ولافرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) أى فى اشتراط مضى ثلاث حيض الفرقة (قوله

فيه المنتسبان (قوله وقوله مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تاكيد ورى أن تركه كان أفضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة) أقول انما ذكر ذلك لاظهار أن تفريق القاضى هنا بالطريق الاولى حيث يخل بمقدوره بالامساك بمعروف بخلاف العنين والمجبوب فليتامل (قوله قال فى النهاية وهو تفريق القاضى عند اباء الزوج الاسلام وكانه أراد أنه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الاباء) أقول الاباء سبب لحكم القاضى بالفرقة كالشهادة العادلة فى القضاء بالحقوق فالفرقة حقيقة بتفريق القاضى

(والشافعى يفصل كما مر له فى دار الاسلام) من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة فى الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا أن هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فتستوى فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج فى صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب فى الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضى الحيض وأما ههنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها (واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة لها) بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت فى حقها وقوله (وان كانت هى المسلمة) ظاهر وقوله (فلان يبقى أولى) لان البقاء أسهل من الابتداء فكم من شئ يتحمل فى النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل فى الابتداء ألا ترى أن المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء قال (واذا خرج أحد الزوجين الينا) صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير دليله أن التباين أثره فى انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر فى الفرقة كالحربى اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته انقطعت ولم تؤثر فى الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم

والشافعى يفصل كما مر له فى دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هى المسلمة فكذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى (واذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى أولى قال (واذا خرج أحد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما) وقال الشافعى لا تقع (ولو سبى أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع) وقال الشافعى وقعت فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبى عندنا وهو يقول بعكسه له أن التباين أثره فى انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر فى الفرقة

انقضت وقعت الفرقة ثم قال المصنف (واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية) بان كان الذى أسلم هو الزوج (فلا عدة عليها وان كانت هى المسلمة فكذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما) قال (وسيأتيك) يعنى فى مسئلة المهاجرة فالحاصل أنه لا عدة بعد البينونة عند أبى حنيفة فى الصورتين وعندهما اذا كانت هى المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكانه أخذه من قول محمد فى السير فيما اذا أسلمت المرأة فى دار الحرب بعد أن ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الاول وهى فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها مادامت فى العدة فى الثلاث الحيض الاواخر ثم قال محمد وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة أن لا يكون عليها عدة وأما الطحاوى فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال ومن أسلمت امرأته فى دار الحرب الى أن قال فاذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا أى توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لابد من سبب تضاف اليه الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو متعذر فى دار الحرب فاضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة وللاضافة الى الشرط عند تعذرها الى العلة نظير فى الشرع وهو حافر البئر فى الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقوله والعرض على الاسلام الوجه فيه وعرض الاسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره فى اللغة عرضت الناقة على الحوض وخرق الثوب المسمار بنصب المسمار (قوله واذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ظاهر (قوله واذا خرج أحد الزوجين الينا مسلما وقعت البينونة) حكم المسئلة لا يتوقف على خروجه مسلما بل وذميا كما سنذكر (قوله فالحاصل أن السبب الخ) اختلف فى أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما فقلنا نعم وقال الشافعى لا وفى أن السبى هل يوجب الفرقة أم لا فقلنا لا وقال نعم وقوله قول مالك وأحمد فيتفرع عليه أربع صور وفاقيتان وهما لو خرج الزوجان الينا معا ذميين أو مسلمين أو

والشافعى رحمه الله يفصل كما مر له فى دار الاسلام) هو يقول ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام أحدهما فى الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضى ثلاثة قروء فعنده لا يختلف الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه بنى الحكم على تاكد النكاح بالدخول وعدم تاكده (قوله واذا خرج أحد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما) خلافا للشافعى رحمة الله تعالى عليه والخلاف فيما اذا خرج أحد الزوجين مسلما غير مراغم وأما اذا خرجت المرأة مراغمة مسلمة وقعت الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج وأما اذا خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج مسلما أو ذميا تقع الفرقة لتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعى رحمة الله تعالى عليه كذا فى المبسوط (قوله له ان التباين أثره فى انقطاع الولاية) المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه

(قوله ولنا أن هذه الحيض الى قوله فيستويان فيها) أقول فيه تامل (قوله فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث (قوله وهذا لابطال دليل الخصم) أقول فيه تامل فان ذلك أيضا لاثبات مذهبه أن التباين ليس سببا للفرقة ولا تعلق له بدليل الخصم والجواب أن كون التباين سبب الفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة فى المتن فانه كبرى فابطاله ابطال الدليل

وقوله (أما السبي فيقتضي الصفاء) أي ولان السبي يقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق) الصفاء له (الا بانقطاع النكاح ولهذا

كالحربي المستأمن والمسلم المستامن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية

مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقا ولو سبي أحدهما تقع الفرقة عنده للسبي وعندنا للتباين وخلافيتان احداهما اذا خرج أحدهما الينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا عندنا تقع فان كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب اذا كانت في دار الاسلام وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب الا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي بقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والاخرى ما اذا سبي الزوجان معا فعنده تقع الفرقة وللسابي أن يطأها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم تباين داريهما وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها الى دار الاسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لانها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين اذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الاسلام فلا تباين يريد في الصورة الاولى اذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها فتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما وجه قوله أن تباين الدارين (أثره في انقطاع الولاية) أي ولاية من في دار الحرب عليه ان كان خارجا الينا وولاية من في دارنا عليه ان كان لاحقا بدار الحرب بحيث يتعذر الالزام عليه (وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي) والصفاء هنا بالمد أي الخلوص (ولا يتحقق) صفاؤه له (الا بانقطاع النكاح ولهذا) أي لثبوت الصفاء بالسبي (يسقط ما على المسبي من دين) ان كان لكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الحربي وهذا لان الصفاء موجب الملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فانها تذهب ويؤيده من المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين أتى به العباس وزوجته هند بمكة وهي دار حرب اذ ذاك ولم يأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة ابن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الامان لزوجها وذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحهما وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها أظهر وأشهر فانها هاجرت الى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء وأسلم بعد سنين قيل ثلاث سنين وقيل ست وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الاول فهذه كلها نقوض لما علل به واستدل الشافعي أيضا على اثبات علته بان قوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن وقد علم أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يحضن فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات فظهر أن السبي يوجب الفرقة وقوله كالحربي المستامن ظاهره أنه أصل قياس وفرعه الخارج الينا مسلما من دار الحرب أو ذميا والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فالسوق لاثبات الفرع لكن الظاهر أن المراد نفي تاثير التباين فحق اللفظ هكذا لا يؤثر في الفرقة لتخلفه في المستامن الخ (قوله ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح) التي شرع النكاح لها الا أن الظاهر أن الخارج الينا مسلما أو ذميا لا يعود والكائن هناك لا يخرج الينا فكان التباين منافيا له فكان اعتراضه قاطعا كاعتراض المحرمية

وعن ماله (قوله كالحربي المستامن والمسلم المستامن) يعني أن الحربي اذا دخل دارنا بامان أو دخل المسلم دار الحرب بامان لا تثبت الفرقة وان كان تباين الدارين موجودا فعلم أن التباين ليس بسبب للفرقة (قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي) يعني أن الحربي اذا سبي وعليه دين لآخر بطل بالسبي وهذا لان السبي سبب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما

الصفاء (يسقط الدين عن ذمة المسبي) لاثبات المذهب (ولنا أن المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما) وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذهب

(قال المصنف أما السبي فيقتضي الصفاء) أقول هذا الكلام من الشافعي مخالف لما ذكره في تعليل عدم جواز اجبار العبد على النكاح على ما فصل في النهاية وشرح الكنز وغيرهما (قوله وقوله أما السبي الخ) أقول هو مبتدأ وخبره بعد سطرين وهو قوله لاثبات المذهب (قال المصنف ولنا الخ) أقول قوله أن مع التباين حقيقة وحكما اشارة الى الجواب عن قياسه على الحربي المستامن وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة معارضة وقوله ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله الخ مناقضة يعني ان أردت أنه يقتضي الصفاء في محل عمله فمسلم ولكن لا نسلم أنه لا يتحقق

الا بانقطاع النكاح والسند ظاهر وان أردت أنه يقتضي الصفاء في محل عمله وفي محل النكاح أيضا فغير مسلم

والسبي

وقوله (والسبي يوجب ملك الرقبة) لرد دليل الخصم وتقريره السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة مسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحترم وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع وقوله (وصار) أي صار السبي (كالشراء) من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وقوله (ثم هو) أي السبي (يقتضي الصفاء) أي سلمنا أن السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية

والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء

بالرضاع وتقبيل ابن الزوج بشهوة مثلا لما نافته كان اعتراضها قاطعا ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال (والسبي يوجب ملك الرقبة) يعني يمنع أن يكون موجبا غير ذلك واذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعا لملكها وما لا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا اذا ورد على خال عن مملوكيته أو مالكيته وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشترى فهو كسائر أسباب الملك من الشراء والهبة والارث والأملاك المسبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الآدمية فيملكه اذا ابتدأ وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على اذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحربي ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما يبقى ما كان وهو حين وجب كان في ذمته لا شاغلا لماليته ورقبته ولا يمكن أن يثبت بعد الرق بالسبي الا شاغلا لها فيصير الباقي غيره ولذا لو كان المسبي عبدا مديونا كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي نص عليه محمد في المأذون فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا يثبت الدين باقراره به ولا يباع فيه أجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك وانما لا يطالب باقراره لان قراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه وأما ما استدل به من قصة أبي سفيان فالحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح وهو شاهد حنين على ما تفيده السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون لا ترجع هزيمتهم الى البحر وما نقل أن الازلام حينئذ كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن بحنين وانما حسن اسلامه بعد ذلك رضي الله عنه والذي كان اسلامه حسنا حين أسلم هو أبو سفيان بن الحرث وأما عكرمة وحكيم فانما هربا الى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم وأما أبو العاص فانما ردها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجه والامام أحمد والجمع اذا أمكن أولى من اهدار أحدهما وهو بحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله ردها على النكاح الاول لم يحدث شيأ معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تأويل حسن هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الاول ناف لانه مبق على الاصل وأيضا يقطع بان الفرقة وقعت بين زينب وبين أبي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم زوجته

يمتنع لحق الزوج وهو ليس بحق محترم ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم ✽ واحتج هو أيضا بقوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم معناه ذوات الازواج من النساء الا ما ملكت أيمانكم فانهن حلال لكم وانما نزلت الآية في سبايا أوطاس وانما سبي أزواجهن معهن وحجتنا في ذلك أن مع تباين الدارين لا تنتظم المصالح والنكاح شرع لمصالحه لا لعينه فلا يبقى عند عدمها كالمحرمية اذا اعترضت على النكاح لا يبقى معها لفوات انتظام المصالح كذا هنا وهذا لان

وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها هي الرقبة وقوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن أو المسلم المستامن وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع

(قوله ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي الخ) أقول قال ابن الهمام وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها الى دار الاسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لانها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين اذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الاسلام فلا تباين يريد في الصورة الاولى اذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها

يتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما اه ثم أقول وفي كلام ابن الهمام أعني قوله وأما حكما فلانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما بحث فتأمل ثم على تقرير ابن الهمام ينبغي أن يكون مراد الشارح أكمل الدين لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي وخرجا معها الى دار الاسلام أو قبلها (قوله وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها هي الرقبة) أقول فيه بحث بل الذمة وصف في الانسان على ما بين في الاصول ثم لو صح ما ذكره يلزم أن يسقط الدين اذا كان المسبي عبدا وليس كذلك نص عليه الزيلعي وغيره

في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع

خديجة وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت وروى أنها كانت حاملا فاسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وروعها هبار بن الاسود بالرمح واستمر أبو العاص بن الربيع على شركه الى ماقبيل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فاخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هربا ثم دخل بليل على زينب فاجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا اليه ماله فاحتمل الى مكة فادى الودائع وما كان أهل مكة أبضعوا معه وكان رجلا أمينا كريما فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا أهل مكة هل بقي لاحد منكم عندي مال لم ياخذه قالوا لا فجزاك الله عنا خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فاني أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله والله مامنعني من الاسلام عنده الا تخوف أن تظنوا أني انما أردت أن آكل أموالكم فلما أداها الله اليكم وفرغت منها أسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وماذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان سنين أو ثلاث سنين فانما ذلك من حين فارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر وأما البينونة فقبل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مكية فاكثر من عشر هذا غير أنه كان حابسها قبل ذلك الى أن أسر فيمن أسر ببدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك فلما أرسل أهل مكة في فداء الاسارى أرسلت زينب في فدائه قلادة كانت خديجة أعطتها اياها فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها فردها عليها وأطلقه لها فلما وصل جهزها اليه صلى الله عليه وسلم لانه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند اطلاقه واتفق في مخرجها اليه ما اتفق من هبار بن الاسود وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بان الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ووجب تاويل رواية على النكاح الاول كما ذكرنا * واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين أن الله تعالى لم يبعث نبيا قط أشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الابوين فلزم أنهن لم تكن احداهن قط الا مسلمة نعم قبل البعثة كان الاسلام اتباع ملة ابراهيم عليه السلام ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر الا بانكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لاولاده لم تتوقف واحدة منهن وأما سبايا أوطاس فقد روى أن النساء سبين وحدهن ورواية الترمذي تفيد ذلك عن أبي سعيد الخدري قال اصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوج وأما المشتراة متزوجة فخارجة بالاجماع فوجب أن يبقى ماسواها داخلا تحت العموم على الاباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تخص أيضا بدليلنا وبما نذكره وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم وأما قياسه على الحربي المستامن والمسلم المستأمن فالجواب منع وجود التباين لان المدعى علة منه هو التباين حقيقة وحكما وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ميراثه والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع وهذا منتف في المستأمن واذا كان فانا ماذكر بقي ماذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض فوجب اعتباره ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائي وهو قوله تعالى فلا

الذي بقي في دارهم في حكم الميت في حق أهل دارنا ألا ترى أن المرتد اللاحق بدار الحرب يجعل كالميت في حق قسمة المال بين ورثته وعتق مدبرته وأمهات أولاده والنكاح لا يبقى بين الحي والميت بخلاف المستامن منهم

(واذا

(واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز لها أن تتزوج ولا عدة عليها) عند أبي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية

ترجعوهن (قوله واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة) أي تاركة الدار الى أخرى على عزم عدم العود وذلك بان تخرج مسلمة أو ذمية هذه المسئلة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسئلة التي قبلها لانها كانت اذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه اذا كان الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقا هل عليها عدة فيها خلاف عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال الا أن تكون حاملا فتتربص لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والاصل أن الفرقة اذا وقعت بالتنافي لا تصير المرأة محلا للطلاق عند أبي يوسف وعند محمد تصير وهو أوجه الا أن تكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها اذا أسلم الى زوج آخر عند أبي يوسف وعند محمد يحتاج اليه وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الاصابة والدخول الى دار الاسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف مالو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالاجماع لان الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون باحكامنا هنالك وهذا على ما اخترناه من أن أصلهما أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير أن شرطه البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف أهل دارنا منهم ولابي حنيفة أن العدة انما وجبت اظهار الخطر

لان تباين الدارين حكما لم يوجد لتمكنه من الرجوع والمسلم المستأمن من أهل دارنا حكما والسبي سبب الملك الرقبة مالا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشرى لان المملوك بالنكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصودا لان تملك البضع مقصود بسببه فيختص بشرطه وهو الشهود وذا لا يوجد في السبي وانما يثبت الملك هنا تبعا لملك الرقبة عند فراغ المحل عن حق الغير واذا كان المحل مشغولا يمتنع الملك فيه لفوات الشرط وهو ان لا يكون حق الزوج مانعا وخروج الجواب عن قوله انه يوجب الصفاء لان الصفاء ثابت من الوجه الذي يعمل السبي فيه وهو ملك المال ألا ترى ان ملك النكاح لو كان محترما لا يبطل النكاح مع تقرر السبي ولا صفاء ولو كان السبي منافيا للنكاح لما بقي النكاح لان المنافي اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما تقرر بالمحرمية فاما الدين فان كان الدين على عبد فسبي لم يسقط وان كان على حر فسبي يسقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي فان قيل يجوز أن يكون الدين في ذمته بلا تعلق برقبته كالعبد يقر بدين قلنا لا يجوز ذلك أي لا يجوز أن يثبت الدين في ذمته ولا يكون شاغلا لرقبته وانما لا يطالب اذا أقر لانه غير ثابت في حق المولى لان اقراره ليس بحجة عليه حتى اذا ثبت بالاستهلاك معاينة بيع فيه وفي قوله حكما جواب عن قوله كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن لان الحربي المستأمن وان كان في دار الاسلام حقيقة ولكن هو في دار الحرب حكما لانه على نية الرجوع وكذلك في المسلم المستأمن حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتا في حقه فانه ذكر في المبسوط ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج أحدهما مسلما أو ذميا أو خرج مستامنا ثم أسلم أو صار ذميا لانه صار من أهل دارنا حقيقة وحكما والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج مما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص كذا في المبسوط (قوله واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة) بان خرجت مسلمة أو ذمية على نية أن لا ترجع الى ماهاجرت منه أبدا (قوله لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام) وانما قيد به احترازا عما لو طلقها الحربي ثلاثا في داره ثم هاجرت فانه لا عدة عليها بالاجماع (قوله ولا خطر لملك الحربي) فان قيل لو خرجت حاملا اعتدت بالاجماع ولو لم

(واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة) أي تركت أرض الحرب الى أرض الاسلام وخرجت مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع الى ماهاجرت عنه أبدا (جاز لها أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام) وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة أن العدة لاظهار خطر ملك النكاح (ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية) بالاتفاق فان قيل لو لم يكن للملكة خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا أجيب بانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة أورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها أيضا أجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما فلزمتها العدة بحكم الملك وأما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا الى أثر وحاصله أن التباين يربو على الموت ألا ترى أنه يمنع التوارث والموت يوجبه

(قوله ولو مات وجبت العدة الخ) أقول لا نسلم ذلك فان الحربي لا يلتزم أحكام الاسلام وأيضا اعتقاده وجوب العدة غير معلوم

(وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها) وعن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول أنه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا لما قال (واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق

النكاح المتقدم ولا لخطر الملك الحربي بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ولا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم أن تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة وأمر أن لا يتمسك بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقدة نكاحهن الموجودة في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع كي لا تختلط المياه واستغنينا به عن ابطاله بان الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لانها أثره حيث حكم بمنافاته لماله الاثر فان لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لا نسلم أن منافاة الشيء تنافي أثره الا اذا كان جهة المنافاة ثابتة في الاثر أيضا وهو منتف لانه في النكاح عدم انتظام المصالح والعدة لا ينفيها عدم انتظام المصالح بل تجامعه مدة بقائها الى أن تنقضي فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للازواج المهاجرين فلهم أن يتزوجوا بأربع وباخت الكائنة هنالك لعدم اعتبار عصم الكوافر في دار الحرب للفرقة والمسبية معزوجها وهذه خصت عندكم فانها يتمسك بعقدتها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها فجاز أن تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا أوطاس فانه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص واذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة اجماعا لعدم القائل بالفصل وحينئذ فابطاله الوجوب للخطر لا يفيد اذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فانه أفاد أن لا يخلى فرج المدخول بها عن الامتناع الى مدة غير أنه اعتبر مدة لاستبراء أقصر كما هو دأب الشرع في اظهار التفاوت بين الحرة والامة في مثله (قوله وان كانت) يعني المهاجرة (حاملا لم تتزوج حتى تضع) وقدمنا أنه عند أبي حنيفة لا بطريق العدة وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز تزوجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطا وانما قال احتياطا لان مجرد كونه ثابت النسب انما يقتضي ظاهرا أن لا توطأ لان به يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعدية المنع الى نفس التزوج بلا وطء للاحتياط فقط لان به يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ ولهذا لم يجز عنده تزوج الاخت في عدة الاخت والخامسة في عدة الاربع (قوله واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة) في الحال (بغير طلاق) قبل الدخول أو بعده وبه قال مالك وأحمد في رواية

يكن للملك خطر لما وجبت العدة في صورة الحمل قلنا هنالك لا تعتد ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب وهذا كما قيل ان فراش أم الولد لا يمنع التزويج ولو كان في بطنها ولد لم يجز (قوله واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق) أي في الحال قبل الدخول وبعده وقال الشافعي رحمه الله لا يقع بعد الدخول حتى تنقضي الاقراء كما قال في اسلام أحد الزوجين وقال ابن أبي ليلى لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول وبعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات أو قتل على ردته ورثته وجعل هذا قياس اسلام أحد الزوجين ولكنا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض السبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية وأما اختلاف الدين فعينه لا ينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لا ينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرزة له فلذلك لا تقع الفرقة هنالك الا بقضاء القاضي كذا في المبسوط وذكر في المحيط اذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال هذا جواب ظاهر الرواية وأما بعض مشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسما لباب المعصية وعامتهم على انه تقع الفرقة الا انها تجبر على الاسلام والنكاح مع زوجها

هو

ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد عن أبي حنيفة لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع أيضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من مولاها لا تزوجها حتى تضع (و) روى أبو يوسف والحسن بن زياد (عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها) لانه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى (كما في الحبلى من (الزنا) فانه لا حرمة لماء الزاني قيل والاول أصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه أن الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح أيضا دون غيره قال (واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام) والعياذ بالله (وقعت الفرقة) بينهما سواء كان دخل بها أو لم يدخل وعند الشافعي ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها فحتى تنقضي ثلاث حيض بناء على ما ذكرناه من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة (بغير طلاق) حتى لا ينتقص عدد الطلاق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق)

(قوله لانه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى) أقول فيه أن جزءه اما مسلم أو ذمي كامها فلا يكون مساويا للحربي فضلا عن الاولوية

وان كانت من المرأة فهي بغير طلاق (هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه) يعني قوله امتنع عن الامساك بالمعروف (وأبو يوسف مر على ما أصلناه في الاباء) وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج (وأبو حنيفة فرق) بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة (ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة) لانها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح (والطلاق) ليس بمناف للنكاح لانه (رافع) له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن الشيء الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا (بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف) وليس بمناف للنكاح (فيجب التسريح بالاحسان على ما مر) واعترض

هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وأبو يوسف مر على ما أصلناه في الاباء وأبو حنيفة فرق بينهما ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف

وقال الشافعي وأحمد في أخرى قبل الدخول هو كذلك وأما بعده فيتوقف الى انقضاء العدة فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها يستمر النكاح والا تبين الفراق من وقت الردة قلنا هذه الفرقة للتنافي فان الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير مناف للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص باكبر الكبائر وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الاول لان الحسم بذلك يحصل ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا وتعزر خمسة وسبعين ولا تسترق المرتدة مادامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن أبي حنيفة تسترق وهذا الكلام في الفرقة وأما كونها طلاقا فاتفق الامامان هنا على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على أصله في الاباء وكذا أبو يوسف وفرق أبو حنيفة بين الردة والاباء وجه قول محمد اعتباره بالاباء (والجامع ما بيناه) وهو أن بالاباء امتنع عن الامساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج اباء أو ردة (وأبو يوسف مر على ما أصلناه في الاباء) وهو أنه سبب يشترك فيه (وأبو حنيفة فرق) بان الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه وأملاكه ومنها ملك النكاح كذا قرر والحق أن منافاتها العصمة الاملاك تبع لمنافاتها العصمة لنفس اذ بتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا تقع البينونة بمجرده بل بامر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس الا الفسخ بخلاف الفرقة بالاباء فانها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح مالم يفرق القاضي لانها فرقة بسبب فوات ثمرات النكاح فوجب رفعه لارتفاع ثمراته اللاتي من قبل الزوج فالقاضي يأمره بالامساك بمعروف بالاسلام أو التسريح باحسان فاذا امتنع ناب عنه وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لا تمس المطلوب وكذا قوله في الهداية والطلاق رافع لان الرافع يجامع المنافي بالضرورة نعم هو أعم يثبت مع المنافي ومع

الاول لان الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الاول ومشايخ بخارى كانوا على هذا (قوله وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه) وهو الامتناع عن الامساك بالمعروف (قوله وأبو يوسف رحمه الله مر على ما أصلناه) وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان وأبو حنيفة رحمه الله فرق ووجهه ان الردة منافية لان الفرقة بالردة للتنافي لانها تنافي النكاح لبطلان أهليته أو محليته أو لبطلان العصمة عن نفسه واملاكه وبزوال عصمة املاكه يزول النكاح لانه منها أو لانها موت حكما لما مر والمنافي لا يصلح مستفادا بالملك فلا يكون طلاقا ولانه

بوجهين أحدهما أن الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفا فبالبيع ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني أن الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول

(قال المصنف والجامع ما بيناه) أقول من أنه امتنع عن الامساك بالمعروف الا أنه لا يجري هنا بتمامه لعدم توقف الفرقة هنا على القضاء (قوله لانها تبيح النفس والمال وتبطل الملك الخ) أقول وفيه بحث فان ملكه للمال لا يبطل بل يتوقف والظاهر أن المراد بالعصمة عصمة النفس فذلك اشارة الى ما مر من أن النكاح ما شرع الا لمصالحه والمصالح لا تنتظم بينهما لكونه مستحق القتل فتأمل ويجوز أن يكون مراده بالابطال ما يعم الزوال الموقوف (قال المصنف ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح الخ) أقول

تصوير القياس من الشكل الثاني هكذا الردة تمنع ابتداء النكاح لمنافاتها اياه ولا شيء من الطلاق كذلك بل هو رافع له فلا شيء من الردة بطلاق ويجوز تصويره من الشكل الاول (قال المصنف والطلاق رافع) أقول يعني الطلاق رافع كلما وجد بخلاف الردة فانها كما ترفع تدفع وتمنع الابتداء (قوله مسببا عنه الخ) أقول مستغنى عنه في اتمام الدليل مع أنه محل كلام ويتم الدليل بان يقال الردة منافية لابتداء النكاح ولا شيء من الطلاق كذلك بل يرفع بعد وجوده فلا شيء من الردة بطلاق (قوله لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة) أقول يعني في العدة (قال المصنف ولهذا تتوقف الفرقة) أقول أي لكون الاباء مفوتا للامساك لا منافيا للنكاح بخلاف الارتداد

أن ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافى النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء
وعن الثانى أن وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور أثره وحيث كانت المحلية منصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وكان معتبرا بخلاف
المحرمية فان المحلية غير متصورة أبدا فلا يمكن ظهور أثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لان تباين
الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذى هو من أحكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهى فى العدة وقع عليها الطلاق لان المنافى
وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهى قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبى
حنيفة لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان فى دار الحرب فهو كالميت فى حقنا وبقاء الشئ فى غير محله (٢٩٨)

مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها فى دار الاسلام الا أن تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال أبو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده وقوله (ولهذا تتوقف الفرقة) توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء وقوله (ثم ان كان الزوج) ظاهر وقوله (ولا نفقة) متعلق بقوله وان كانت هى المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها لا الى ما يليه لان المسلمة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فحينئذ لا يرتاب أحد فى عدم وجوب النفقة فى المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله (لان الفرقة من قبلها) يعنى فكانت كالناشزة ولا نفقة لها وقوله

بالردة (ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هى المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) لان الفرقة من قبلها قال (واذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة أحدهما منافية وفى ردتهما ردة أحدهما ولنا ما روى أن بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ

الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه (ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها) ونفقة العدة أيضا (ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هى المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها) لا نفقة العدة لان الفرقة من جهتها وان لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة (قوله واذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا) هذا اذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فان لحق فسد للتباين والقياس وهو قول زفر والائمة الثلاثة تقع الفرقة لان فى ردتهما ردة أحدهما وهى منافية للنكاح (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أن بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة) ولما لم يأمروهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معا اذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد وعلمنا من هذا أن الردة اذا كانت معا لا توجب الفرقة * واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بنى حنيفة أما جميعهم فلا لان الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم اذا كان كل رجل ارتد مع زوجته فحكم الصحابة بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهر الاحلا عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا لان الظاهر أن قيم البيت اذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته هذا والمذكور فى الحكم بارتداد بنى حنيفة فى المبسوط منعهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال أبى بكر رضى الله عنه اياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم اذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه والله أعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لان جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر فى انتظامها بينهما الى أن يموتا بقتل أو غيره والاوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فانه من غير

يستفاد به (قوله وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) فان قيل قوله ولا مهر مستقيم فما فائدة قوله ولا نفقة اذ المسلمة اذا كانت غير مدخولة ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها قلنا قوله ولا نفقة راجع الى ما ذكر قبيله وان كانت هى المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها ولكن لا نفقة لها لان الفرقة من قبلها (قوله والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ) جواب لسؤال وهو ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله فى مبسوطه فان قيل ان ارتدادهم ما كان جملة بالاجماع فكيف يستقيم التعلق به قلنا عند جهالة التاريخ

(وان ارتدا معا) واضح ووجهه ما روى أن بنى حنيفة وهم حى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم أبو بكر الصديق الجيوش فاسلموا ولم يأمرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الاجماع ينزل به القياس فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة أجاب بقوله (والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ) فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شئ على شئ وانما يجعل فى الحكم كأنه وجد جملة واحدة ولو

(قوله والردة تنافى النكاح ابتداء فكذا بقاء) أقول وقد سبق دليل عدم التنافى ابتداء فى هذا الباب الا أن هذا الجواب منقوض بالمعتدة فان العدة تنافى النكاح ابتداء ولا تنافيه بقاء على ما مر فى أوائل الباب (قوله لان تباين الدارين مناف للنكاح) أقول بتكرر المنافى يخرج العود من حيز التصور ولعل الاولى أن يقال باللحاق يلحق بالاموات وطلاق الميت غير واقع (قوله أن بنى حنيفة وهم حى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة) أقول ما جحد افتراضها (قوله فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة) أقول وكان الكلام فيه (قوله فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شئ على شئ)

ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد معا فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها

(باب القسم)

تعيين بنى حنيفة ومانعى الزكاة قطعى ثم لم يؤمروا بتجديد الانكحة الى آخر ما ذكرنا (قوله ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح) لان ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كانشائها الآن حال اسلام الآخر حتى ان كان الذى عاد الى الاسلام هو الزوج فلا شئ لها ان كان قبل الدخول وان كانت هى التى أسلمت فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان دخل بها فلها كل المهر فى الوجهين لان المهر يتقرر بالدخول دينا فى ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة *(فروع)* الاول نصرانية تحت مسلم تمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبى يوسف خلافا لمحمد وجه قوله أن الزوج قد ارتد والمجوسية لا تحل للمسلم فاخذا انها ما تحرم به كالردة فقد ارتدا معا فلا تقع الفرقة ولابى يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الاسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف أن الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر الى كفر لا يجعل كانشائه فصار كما لو تهودا فان الفرقة تقع فيه بالاتفاق ومحمد يفرق بان انشاء المجوسية لا تحل للمسلم فاحدا انها كالارتداد بخلاف اليهودية ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا * الثانى يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضا فيتزوج اليهودى مجوسية ونصرانية لان الكل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم كأهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابى منهم * الثالث اذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات فعند أبى حنيفة وأبى يوسف ان كان تزوجهن فى عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو فى عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الاربع باطل

(باب القسم)

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الاحرار والارقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع فى حكمه الذى لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لانه انما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه والقسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهن أيضا وحقيقته مطلقا ممتنعة كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وقال تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم بعد احلال الاربع بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا أن حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه فعلم ايجابه عند تعددهن وأما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فلا يخص حالة تعددهن ولانهن رعية الرجل وكل راع مسؤول عن رعيته وانه فى أمر مبهم يحتاج الى البيان لانه أوجبه وصرح بانه مطلقا لا يستطاع

بالتقدم والتأخر يجعل فى الحكم كأنه وجد جملة ولان ردتهم كانت لمنع الزكاة على اعتقاد انها ليست بواجبة والمنع كان قائما بالمنعة جملة فصار بمنزلة فعل واحد فلا يوصف بالتقدم والتأخر وفى المبسوط والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فبقى ما كان بينهما على ما كان والفقه فيه ان وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة بطيب المسلم فاذا ارتدا معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه يقابل الخبث بالخبث واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان عدة الغير تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء فان أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر حتى ان كانت المرأة هى التى أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذى أسلم فلا شئ لها لان الفرقة من جانب من أصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الآخر كانشاء الردة والله تعالى أعلم بالصواب

(باب القسم)

(ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد) أى بعد ارتدادهما (فسد النكاح لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها) على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هى التى أسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شئ لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الآخر كانشاء الردة والله أعلم

(باب القسم)

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع فى حقهن فى باب على حدة لكن اعترض ما هو أهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى أمر الفروج وغيرهما أوجب تأخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين أنصباءهم ومنه القسم بين النساء

أقول كما فى الغرقى والحرقى

(باب القسم)

(واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما فى القسم بكرين كانتا أوثيبين أواحداهما بكرا والاخرى ثيبا) لقوله عليه الصلاة والسلام من كانت له امرأتان ومال الى احداهما فى القسم جاء يوم القيامة

فعلم أن الواجب منه شئ معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى أصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك يعنى القلب أى زيادة المحبة فظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة اجماعا وكذا ماروى أصحاب السنن الاربعة والامام أحمد والحاكم من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أى مفلوج ولفظ أبى داود والنسائى فمال الى احداهما على الاخرى فلم يبين فيماذا وأما ما فى الكتاب من زيادة قوله فى القسم فالله أعلم بها لكن لانعلم خلافا فى أن العدل الواجب فى البيتوتة والتانيس فى اليوم والليلة وليس المراد أن يضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فيه احداهما فيعاشر الاخرى بقدره بل ذلك فى البيتوتة وأما النهار ففى الجملة (قوله واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما) التقييد بحرتين لاخراج ما اذا كانت احداهما أمة والاخرى حرة لا لاخراج الامتين ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فانه يعطى أنهما اذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح لكن معنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور فاذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوى بينهما وان كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما أى لا يسوى بل يعدل بمعنى لا يجور وهو أن يقسم للحرة ضعف الامة فالايهام نشأ من اشتراك اللفظ (قوله والقديمة والجديدة سواء لاطلاق مارويناه) وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرناه كان الاولى أن يقال لما ذكرنا يعنى من قوله ولا فصل الخ يعنى أن مارويناه يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ماتلونا من الآية فنحتج به وعند الشافعى أنه يقيم عند البكر الجديدة أول ما يدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثا الا ان طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روى عن أنس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله أخرجه الدارقطنى عنه وروى البزار من طريق أيوب السختيانى عن أبى قلابة عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلاثا وعنه قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم رواه الشيخان فى الصحيحين وفى صحيح مسلم عن أم سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه

(قوله واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما فى القسم) اعلم أن الزوج مامور بالعدل فى القسمة بين النساء بالكتاب قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل معناه لم تستطيعوا العدل والتسوية فى المحبة فلا تميلوا فى القسمة وبالسنة وهى ماذكر فى الكتاب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية والمراهقة والبالغة والعاقلة والمجنونة سواء فى القسمة وقال الشافعى رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ليال ثم التسوية لان القديمة قد ألفت صحبته والجديدة لا فيفضلها بزيادة الصحبة وللبكر زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال ولنا اطلاق ماتلونا وروينا ولان القسمة من حقوق النكاح وقد ثبت الاستواء فى ذلك والقديمة أولى بالتفضيل لان الوحشة فى جانبها أكثر حيث أدخل عليها من يغيظها ولان للقديمة زيادة حرمة بالخدمة والواجب عليه العدل فى القسمة فان عاد للجور بعدما نهاه القاضى أوجعه عقوبة وأمره بالعدل لانه اذا أساء الادب فيما منع وارتكب ماهو حرام عليه وهو الجور فيعزر فى ذلك وأمر بالعدل هذا اذا كانت له امرأتان أما اذا كانت له امرأة واحدة يؤمر الزوج بان يراعى قلبها ويبيت معها أحيانا من غير ان يكون فى ذلك شئ موقت فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام أو بصحبة الاماء فخاصمته فى ذلك قضى القاضى لها بليلة من كل أربع ليال لحديث كعب بن سور وهو ان امرأة

وقد وقع فى أكثر النسخ (واذا كان للرجل امرأتان) بتذكير كان مع اسناده الى المؤنث الحقيقى لوقوع الفصل كما فى قولك حضر القاضى اليوم امرأة وكلامه واضح

وقوله (ولا فصل فيما رويناه) يعنى بين البكر والثيب (والقديمة والجديدة سواء لاطلاق مارويناه) من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعى ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث والحاصل أن الاختلاف فى موضعين فى الفرق بين البكر والثيب وفى تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف الاول بقوله ولا فصل فيما رويناه والثانى بقوله لاطلاق مارويناه ومارواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر فى حديث أم سلمة أنه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج أن يبتدئ بالجديدة ولكن بشرط أن يسوى بينهما (ولان القسم من حقوق النكاح) كالنفقة ولا تفاوت فى ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة للمساواة بينهن فى سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك فى طرف الرجل المجبوب والخصى والعنين والغلام الذى لم يحتلم اذا دخل بامرأته يجب عليهم القسم

وشقه مائل وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يعدل فى القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما لا أملك يعنى زيادة المحبة ولا فصل فيما رويناه والقديمة والجديدة سواء لاطلاق مارويناه ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن فى ذلك

وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلاثا ثم قال انه ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنسائى وهذا دليل استثناء الشافعى ماذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة ان طلبت زيادة على الثلاث ولانها لم تألف صحبته وقد يحصل لها فى أول الامر نفرة فكان فى الزيادة ازالتها ولنا مارويناه من غير فصل وماتلوناه وماذكره من المعنى وهو قوله (ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن فى ذلك) فلا تفاوت بينهن فى القسم وأما المعنى الذى علل به فمعارض بان تخصيص القديمة به أولى لان الوحشة فيها محققة وفى الجديدة متوهمة وازالة تلك النفرة تمكن بان يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولم تنحصر فى تخصيصها * واعلم أن المروى ان لم يكن قطعى الدلالة فى التخصيص وجب تقديم الآية والحديث المطلق لوجوب التسوية وان كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فانه لا يعارض ما رويناه وتلوناه لان مقتضاهما العدل واذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فانا نراه لم ينحصر فى التسوية بل يتحقق مع عدمها لعارض وهو رق احدى المرأتين حتى كان العدل أن يكون لاحداهما يوما وللاخرى يومين فليكن أيضا بتخصيص الجديدة الدهشة بالاقامة سبعا ان كانت بكرا وثلاثا ان كانت ثيبا لتألف بالاقامة وتطمئن هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة التى لا يخاف منها والمريضة والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التى يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلاتهن وكذلك يستوى وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبى الذى دخل بامرأته ومقابليهم قال مالك ويدور ولى الصبى به على نسائه لان القسم حق العباد وهم من أهله وصح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه أن يمرض فى بيت عائشة فاذن له

جاءت الى عمر رضى الله عنه فقالت ان زوجى يصوم بالنهار ويقوم بالليل قال نعم الرجل زوجك فاعادت كلامها مرارا فى كل ذلك يجيبها عمر بهذا فقال كعب بن سور يا أمير المؤمنين انما تشكو زوجها فى أنه هجر صحبتها فتعجب عمر من فطنته فقال عمر اقض بينهما فقال أراها احدى نسائه الاربع له ثلاثة أيام ولياليهن ولها يوم وليلة ووجه ظاهر الرواية ان القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن فى نكاحه الا واحدة وهذا لان عند المزاحمة يلحق كل واحدة منهما المغايظة بمقامه عند الاخرى فتستحق عليه التسوية ولا يجب ذلك عند عدم المزاحمة فان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لما روى انه عليه السلام قال لسودة حين أسنت اعتدى فسالته بوجه الله ان يراجعها ويجعل نوبتها لعائشة رضى الله عنها لان تحشر يوم القيامة مع أزواجه وفيه نزل قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا الآية ولها ان ترجع فى ذلك لانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط لان الاسقاط انما يتحقق فى القائم

(قال المصنف وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعدل فى القسم بين نسائه) أقول فيه بحث فان فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على الوجوب وقد صرحوا بان القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال بهذا على وجوب القسم وتتمة الحديث لا تدل على الوجوب أيضا والا يلزم أن تجب التسوية فى الوطآت والقبلات لانهما مما يملك ويمكن أن يقال المواظبة المدلول عليها بقوله كان يعدل تدل على الوجوب قال المصنف (ولا فصل فيما رويناه) أقول قال الاتقانى أراد به الحديثين المذكورين قبل هذا ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فائدة لان عدم الفصل فيما رواه يعلم من قوله لاطلاق مارويناه وما كان يحتاج الى ذكرهما جميعا اهـ وجوابه لا يخفى فانه استدل أولا على المسئلة المذكورة فى المختصر ثم بين أن الجديدة والقديمة سواء واستدل عليه أيضا وكلاهما محل الخلاف بيننا وبين الشافعية لكن كان الاولى أن يقول لما ذكرنا من أنه لا فصل الخ بدل قوله لاطلاق مارويناه

والاختيار فى مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لانها تبتنى على النشاط (وان كانت احداهما حرة والاخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث) بذلك ورد الاثر ولان حل الامة أنقص من حل الحرة فلابد من اظهار النقصان فى الحقوق والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال (ولا حق لهن فى القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها) وقال الشافعى القرعة مستحقة لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه الا أنا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن

(قوله والاختيار فى مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه) ان شاء يوما يوما وان شاء يومين يومين أو ثلاثا ثلاثا أو أربعا أربعا واعلم أن هذا الاطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك له بل ينبغى أن لا يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو أربعة أشهر واذا كان وجوبه للتانيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة وأظن أكثر من جمعة مضارة الا أن ترضيا به والله أعلم (قوله والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لانها تبتنى على النشاط) ولا خلاف فيه قال بعض أهل العلم ان تركه لعدم الداعية والانتشار فهو عذر وان تركه مع الداعية اليه لكن داعيته الى الضرة أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فان أدى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية * واعلم أن ترك جماعها مطلقا لا يحل له صرح أصحابنا بأن جماعها أحيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والالزام الا الوطأة الاولى ولم يقدروا فيه مدة ويجب أن لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب أن يسوى بينهن فى جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة وكذا بين الجوارى وأمهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنا والميل الى الفاحشة ولا يجب شئ لانه تعالى قال فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم فأفاد أن العدل بينهن ليس واجبا هذا فأما اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة أو السرارى اختار الطحاوى رواية الحسن عن أبى حنيفة أن لها يوما وليلة من كل أربع ليال وباقيها له لان له أن يسقط حقها فى الثلاث بتزوج ثلاث حرائر فان كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة فى كل سبع وظاهر المذهب أن لا يتعين مقدار لان القسم معنى نسبى وايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحيانا من غير توقيت والذى يقتضيه الحديث أن التسوية فى المكث أيضا بعد البيتوتة ففى السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضا على بعض فى القسم فى مكثه عندنا وكان قل يوم الا وهو يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة منا من غير مسيس حتى يبلغ الى التى هو فى يومها فيبيت عندها وعلم من هذا أن النوبة لا تمنع أن يذهب الى الاخرى لينظر فى حاجتها ويتعهد أمورها وفى صحيح مسلم أنهن كن يجتمعن فى بيت التى يأتيها والذى يظهر أن هذا جائز برضا صاحبة النوبة اذ قد تتضيق لذلك وتنحصر له ولو ترك القسم بأن أقام عند احداهن شهرا مثلا أمره القاضى بأن يستأنف العدل لا بالقضاء فان جار بعد ذلك أوجعه عقوبة كذا قالوا والذى يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمى وله قدرة على ايفائه (قوله وان كانت احداهما حرة والاخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر) قضى به أبو بكر وعلى رضى الله عنهما وبالقضاء عن على احتج الامام أحمد وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال بن عمرو وبابن أبى ليلى ليس بشئ لانهما ثبتان حافظان واذا كانت الامة مدبرة رجل أو مكاتبته أو أم ولده فهى كالامة لقيام الرق فيهن (قوله ولا حق لهن فى القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعى القرعة مستحقة لما روى) الجماعة من حديث عائشة (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه) فمن خرج

فيكون رجوعها امتناعا فصار بمنزلة العارية وللمعير أن يرجع فيها متى شاء لما قلنا فكذا هذا كذا فى

وقوله (والاختيار فى مقدار الدور للزوج) ظاهر وقوله (بذلك ورد الاثر) يعنى ما روى عن على أنه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن أحد خلافه فحل محل الاجماع وقوله (ولان حل الامة أنقص من حل الحرة) يدل عليه أنه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعه أصول الفقه (فلابد من اظهار النقصان فى الحقوق) لان الحكم يثبت بقدر دليله (والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم) فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله (ولا حق لهن فى القسم حالة السفر) هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل احداها أن القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعى مستحقة والثانية أنه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات أن يحتسبن تلك المدة أو لا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له

(قال المصنف لان المستحق هو التسوية دون طريقه) أقول ذكر الضمير الراجع الى التسوية لكونها مصدرا أو كونها بمعنى العدل أو باعتبار كونها المستحق

فيكون

فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة (وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز) لان سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت رسول الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها (ولها أن ترجع فى ذلك) لانها أسقطت حقا لم يجب بعد

سهمها خرج بها معه مختصرا ومطولا بحديث الافك قلنا ذلك كان استحبابا بالتطييب قلوبهن وهذا لان مطلق الفعل لا يقتضى الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب وذلك أنه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجى من تشاء منهن وتؤوى اليك من تشاء وممن أرجأ سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذرى وممن آوى عائشة والباقيات رضى الله عنهن ولانه قد يثق باحداهما فى السفر وبالاخرى فى الحضر والقرار فى المنزل لحفظ الامتعة او لخوف الفتنة أو يمنع من سفر احداهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها فى السفر للسفر بخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافى للحرج وأما قول المصنف ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من أن له أن لا يسافر باحد أن يكون له أن يختص واحدة بالسفر بها لان فى ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وهذا لان اللازم التسوية وهو أنه اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب أن يبيت عند كل واحدة منهما دائما فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالى وانفرد لم يمنع من ذلك (قوله وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز) هذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بأن زادها فى مهرها لتفعل أو تزوجها بشرط أن يتزوج أخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوما فان الشرط باطل ولا يحل لها المال فى الصورة الاولى فله أن يرجع فيه وأما اذا دفعت اليه أو حطت عنه مالا ليزيدها فظاهر أنه لا يلزم ولا يحل لهما ولها أن ترجع فى مالها (قوله لان سودة بنت زمعة) بفتحتين (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها الخ) هذا يقتضى أنه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسودة بنت زمعة اعتدى فسألته بوجه الله أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة لأن تحشر يوم القيامة مع أزواجه والذى ورد فى الصحيحين لا يتعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رضى الله عنها والذى فى المستدرك يفيد عدمه وهو عن عائشة قالت قالت سودة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومى لعائشة فقبل ذلك منها قالت عائشة رضى الله عنها ففيها وفى أشباهها أنزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح الآية وقال صحيح الاسناد ويوافق ما فى الكتاب ما رواه البيهقى عن عروة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت والله ما لى الى الرجال من حاجة ولكنى أريد أن أحشر فى أزواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة اه وهو مرسل ويمكن الجمع بأنه صلى الله عليه وسلم كان طلقها طلقة رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رضى الله عنها فرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت أن يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر فى الكنايات اعتدى والواقع بهذه الرجعى لا البائن وفرع بعض الفقهاء أنها اذا وهبت يومها له فله أن يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له أن يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته لواحدة تعين وفرعوا اذا كانت ليلة الواهبة تلى ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالى لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندى أن ليس له ذلك الا برضا التى تليها فى النوبة لانها قد تتضرر بذلك (قوله ولها أن ترجع) قال بعض

مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والله تعالى أعلم بالصواب

وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التى كانت معه فينبغى أن يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية فى وقت استحقاق القسم عليه وفى حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة أن بعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت فى ذلك فكذلك وكلامه واضح وقوله (لانها أسقطت حقا لم يجب بعد

(قوله وهذه بناء على الاولى) أقول فيه بحث فانهم صرحوا أنه لو أقام عند واحدة منهن شهرا فى الحضر ورافعته الاخرى لم يؤمر بقضاء ما مضى وانما يؤمر أن يسوى بينهما فى المستقبل فكيف يصح قوله وهذه بناء وقوله ولكنا نقول الخ فليتامل (قال المصنف فكذا له أن يسافر بواحدة منهن) أقول فى صحة التفريع كلام (قال المصنف لان سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها) أقول قد صرحوا أن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فلا يصح قياس الواجب على غير الواجب فليتامل لجواز

أن يكون جعلها اياه لعائشة رضى الله عنها العدم وجوب القسم

فلا يسقط والله أعلم

(كتاب الرضاع)

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت

علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يعنى عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تاخير الضرر الى أكمل حالتيه ولم يكن صلحا بل من أقرب أسباب المعاداة والشريعة منزهة عن ذلك اه وهو انما يفيد عدم المطالبة بما مضى فيه وبه نقول اذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الاعراض أما فيما بعده فلا لانه لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر والمعاداة قلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا ما صالحته عليه فاذا أتاها ما دفعت به المكروه عنها فله أن يفعل ما كان يريد فعله ويحصل الخلاص والله سبحانه أعلم *(فروع نختم بها كتاب النكاح)* لا يجوز أن يجمع بين الضرائر الا بالرضا ويكره وطء احداهما بحضرة الاخرى فلها أن لا تجيبه اذا طلب وله ان يمنعها من أكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل وعلى هذا له أن يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كان يتأذى برائحة الحناء المخضر ونحوه وله ضربها بترك الزينة اذا كان يريدها وترك الاجابة وهى طاهرة والصلاة وشرطها الا أن تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ويضربها على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء فى حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتى لها وهو غير عالم وما لم تقع حاجة الى الاستفتاء له أن يمنعها عن الخروج الى مجلس العلم والا أن يكون أبوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان أو كافرا فان عليها أن تعصى الزوج فى المنع ولو كان له أم شابة تخرج الى الوليمة والمصيبة أو لغيرهما لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق أن خروجها للفساد فحينئذ يرفع الامر الى القاضى فان أذن له بالمنع منعها القيام مقامه والله أعلم

(كتاب الرضاع)

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا فى ابتداء نشأته الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى آخر أحكامه قيل وكان ينبغى أن يذكره فى المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق أنه ذكر فى المحرمات ما تتعلق المحرمية به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها أربع لغات والرضع الخامسة وأنكر الاصمعى الكسر مع الهاء وفعله فى الفصيح من حد علم يعلم وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولى يذم علماء زمانه * وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها * ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله انما ألفه بعض أصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل فى مختصره المسمى بالكافى مع التزامه ايراد كلام محمد رحمه الله فى جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح وهو فى اللغة مص اللبن من الثدى ومنه قولهم لئيم راضع أى يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفى الشرع مص الرضيع اللبن من ثدى الآدمية فى وقت مخصوص أى مدة الرضاع المختلف فى تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء اذا تحقق فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وبه قال مالك اما لو شك فيه بأن أدخلت الحلمة فى فم الصغير وشكت فى الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كالوعلم

(كتاب الرضاع)

هو فى الشرع عبارة عن مص شخص مخصوص أى الطفل من ثدى مخصوص أى ثدى الآدمية فى وقت مخصوص على حسب ما اختلف فيه (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان

فلا يسقط) توضيحه أن الاسقاط انما يكون فى القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير أن يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا والله تعالى أعلم

(كتاب الرضاع)

لم يذكر عامة مسائل الرضاع فى فصل المحرمات وأتى بكتاب له على حدة لما ان له أحكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق فى حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق أمر خفى وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وانبات اللحم أمر خفى وله سبب ظاهر وهو الارضاع فأقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدى وفى الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو أن يكون صبيا رضيعا من ثدى مخصوص وهو ثدى الآدمية فى وقت مخصوص على ما نذكر بعد (وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) عندنا وقال

(كتاب الرضاع)

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) أقول يعنى شبهة الجزئية

التحريم

التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

ان صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هى فتزوجها رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبى من غير ضرورة واذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطا وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفاصلة عرفا وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم فى حديثين صدره حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن أم الفضل بنت الحرث قالت دخل اعرابى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيتى فقال يا رسول الله انى كانت لى امرأة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امرأتى الاولى انها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرج ابن حبان فى صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول شارح فى قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت فى كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع وأملجته أرضعته وملج هو امه رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة فى المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن أربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشئ أما أولا فلأن مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات فى أوقات وأما ثانيا فلأن المصة غير الاملاجة فان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى أنه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا فالتحقيق انه لا يتأتى حديثا واحدا الا ان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفى تحريم الاملاج نفى تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمهما أعنى المصتين فلو جمعا فى حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان فلزم ان لا يصح أن يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرت آنفا حديثا واحدا فى صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن أبيه رضى الله عنه قلت يجب كون الراوى وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله عليه وسلم التى سمعها منه فى وقتين كأنه قال قال صلى الله

ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ثم الحديث بنفسه لا يصلح متمسكا له الا انفى مذهبنا وهو ثبوت حرمة الرضاع وان قل الارتضاع لكن لما انتفى مذهبنا ثبت مذهبه ضرورة لعدم القائل بالفصل أى بين القليل وبين خمس رضعات وقول من قال من أصحاب الظواهر بثلاث رضعات غير معتبر فلا يقدح فى وجه التمسك به وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله على ان الاول وهو قوله لا يحرم المصة الى آخره دال عليهما أى على نفى مذهبنا واثبات مذهبه لان المصة داخلة فى المصتين كقوله لا أكلمه يوما ولا يومين فان اليمين ينتهى بيومين بخلاف قوله لا أكلم يوما ويومين حيث لا ينتهى الا بثلاثة أيام فكأنه قال لا يحرم المصتان ولا الاملاجتان فانتفت الحرمة عن أربع رضعات بهذا الحديث والخمس محرمة اجماعا ويتمسك أيضا بما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت كان فيما أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعد ذلك ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الآية أثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد وفى حديث على رضى الله عنه الرضاع قليله وكثيره سواء يعنى فى ايجاب الحرمة ولان هذا سبب من أسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطء وأما حديث عائشة رضى الله عنها فضعيف جدا لانه ان كان متلوا بعد رسول الله عليه السلام ونسخ التلاوة بعد رسول الله عليه السلام لا يجوز فلماذا الا تتلى الآن وذكر فى الحديث دخل داجن البيت وأكله وهو يقوى قول الروافض فانهم يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله عليه السلام ولم يثبته الصحابة فى المصحف وهو قول باطل بالاجماع ثم لو ثبت هذا الحديث انما يكون

الشافعى لا يثبت الرضاع الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا يحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم وأما ان يكون منحصرا فى خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أدل على المطلوب لكن قوله مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة الحديث) أقول الاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة

عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال أيضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو انه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهبه لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهؤلاء أئمة الحديث قالوا المحرم ثلاث رضعات اللهم الا أن لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة الى وجه قول الشافعي رحمه الله وذلك أن الذي أثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض والا لوجب أن يتلى خمس رضعات الخ فدار الامر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة رضي الله عنهم واذا بطل التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتين والرضاع محرم ووجب التحريم بالثلاث وما روي عنها انه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فأكلتها لا ينفي ذلك النسخ يعني كان مكتوبا ولم يغسل بعد للقرب حتى دخلت الدواجن والا فالقرآن لا تجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون وما قيل ليكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا مما الاجوبة عنه فليس بشيء لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليل والا فالاصل ان نسخ الدال يرفع حكمه وأما ما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا ما علم بالسنة والاجماع لم يثبت به واذا احتاج الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستأنف وما ذكر له أولا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في الثلاث أظهر من تمسكه في الخمس ونحن الى جوابه أحوج فكيف لا يعتبر نعم أحسن الادلة له حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم أرضعي سالما خمسا تحرمي بها عليه الا أن مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي رحمه الله مخالفا لها على ما فيه والجواب ان التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضي الله عنهما حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال آل أمر الرضاع الى أن قليله وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير رضي الله عنه يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فهذا اما أن يكون ردا للرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم اجازته تقييد اطلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المصنف رحمه الله وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ثم الذي يحرم به في حديث سهلة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس شبعات في خمسة أوقات متفاصلات جائعا لان الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فاين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان معدود خمسا فيه المصات ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيأ مقداره خمس مصات فيشربه والا فهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتي بيانه والله أعلم

ثبوته في الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا لما ان انبات اللحم وانشار العظم في الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير كذا في المبسوط (قوله وما رواه مردود بالكتاب) فقد روي عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما انه قيل له ان ابن الزبير رضي الله تعالى عنهما يقول لا تحرم المصة ولا المصتان فقال ابن عمر رضي الله عنهما قضاء الله تعالى أولى من قضاء ابن الزبير فرد عليه قوله لمخالفته اطلاق

ولنا

ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا تجوز على ما عرف (قوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية) دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت لشبهة

البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله (وما رواه) جواب عن استدلال الخصم بان ما رواه انما مردود بالكتاب لان العمل به أقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله أو منسوخ ان كان بعده والانشار بالراء الاحياء وفي التنزيل ثم اذا شاء أنشره ومنه لا رضاع الا ما أنشر العظم وأنبت اللحم أي قواه وشده كأنه أحياه ويروى بالزاي كذا في المغرب قوله (وينبغي أن يكون في مدة الرضاع) ظاهر (وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين يعني في وجه قول أبي حنيفة فيقدر أي الزيادة به أي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان

ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر ثلاثة أحوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما

(قوله ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) تقدم في استدلال ابن عمر رضي الله عنهما وأما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور (قوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية) جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لا يتحقق بادنى شيء أجاب بان ذلك حكمة لانه خفي والاحكام لا تتعلق بالحكم لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشوء فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشوء على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة منهم علي وابن مسعود وأسند الرواية عنهما به النسائي وابن عباس رضي الله عنهما وجمهور التابعين هذا والاولى أن يقال للبعضية لان الحرمة لشبهة البعضية واقامة السبب مقام المسبب انما هي حرمة المصاهرة أما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها أي ما يؤول الى الجزئية وينبغي أن يكون الرضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها وهي قوله (ثم مدة الرضاع) التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وقال زفر ثلاثة أحوال وعن مالك رحمه الله سنتان وشهر وفي أخرى شهران وفي أخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا حد له للاطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمس عشرة سنة وقال آخرون الى أربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين (قوله لان الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما نبين أي في دليل أبي حنيفة رحمه الله ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس يرفعه هكذا لا رضاع الا ما كان من حولين وظاهر ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ اه وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلي وابن حبان وغير واحد وروي موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما بلا ريب وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلي والدارقطني على عمر وأظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر

قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم أو منسوخ به فقد روي انه قيل لابن عباس رضي الله تعالى عنه

(قوله لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده) أقول قال الرافعي في شرح الوجيز وحمل ذلك على قراءة حكمها انتهى يعني قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على قراءة الحكم وبه يندفع ما ذكره الشارح قال المصنف (لما نبين فيقدر به) أقول بعد ثلاثة أسطر

وقوله (عليه السلام لارضاع بعد حولين ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية) يعنى قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (ووجهه ماذكره ان الله تعالى ذكر شيئين) يعنى الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما فى الاجل المضروب للدينين مثل أن يقول لفلان على ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المنقص فى أحدهما يعنى الحمل وهو حديث عائشة الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز أجيب بان الكتاب مأول فان عامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ويؤيده ماروى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فجى بها الى عثمان فشاور فى رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فحمله ستة أشهر وفصاله حولان فتركها واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل تغير ابقاء لحياته وذلك أى التغير بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذى وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة كما فى العنين وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء أمه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام قال

قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان وقال النبى عليه السلام لارضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا أنه قام المنقص فى أحدهما فبقى فى الثانى على ظاهره ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب

شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال أجلت الدين الذى لى على فلان والدين الذى لى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها لكل أو على شخص فيقول لفلان على ألف درهم وعشرة أقفزة الى سنة فصدقه المقر له فى الاجل فاذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا الا أنه قام المنقص فى أحدهما يعنى فى مدة الحمل وهو قول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفى رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدى العقل اليها وسنخرجه فى موضعه ان شاء الله تعالى وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا فى اطلاق واحد فى مدلول ثلاثين وفى أربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقى والمجازى بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا ينفى كونه كذلك وهو الممتنع والا لم يمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان أسماء العدد لا يتجوز بشئ منها فى الآخر نص عليه كثير من المحققين لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية فى فصل المشيئة من كتاب الطلاق الا أنه يقتضى ان نحو عشرة الا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج

ان الناس يقولون الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ (قوله قام المنقص فى أحدهما) أى فى حق الحمل والمنقص حديث عائشة رضى الله تعالى عنها الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قيل فى التنقيص معنى التغيير والزيادة على النص تغيير موجب الكتاب فلا يصح تغيير موجب الكتاب بخبر الواحد كما لا يصح تخصيصه ابتداء بخبر الواحد لما فيه من نوع تغيير قلنا نعم كذلك الا أن الكتاب مأول والآية المأولة فى اثبات الحكم مثل القياس وانما قلنا ذلك لان فخر الاسلام رحمه الله جعل الاجل المضروب للمدتين متوزعا عليهما وكذلك عامة أهل التفسير وروى أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فجى بها الى عثمان رضى الله عنه فشاور فى رجمها فقال ابن عباس رضى الله عنه ان خاصمتكم بكتاب الله تعالى خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فحمله ستة أشهر وفصاله حولان فتركها كذا فى التيسير (قوله فان غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع) فان الولد يبقى فى البطن ستة أشهر و يتغذى بغذاء الام ثم

(قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول بل لا احتمال لتلك الدلالة والا يلزم التغيير المستحيل فلا يصح الاستدلال (قوله واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول يعنى اذا لم تكن دلالتها عليه قطعية (قوله وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه) أقول امكان الاثبات لا يكون الا بامكان الحمل على ذلك المعنى وذلك منتف

أخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لابد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء بستة أشهر فلا بد من ستة أشهر وقوله والحديث محمول يعنى قوله عليه السلام لارضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وأبهم المصنف الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لارضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفى استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع فى حق استحقاق الاجر على الاب مقدر بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا الان قوله عليه السلام لارضاع لنفى الجنس وعينه قد توجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة عليه أى وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب يعنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين بدليل قوله تعالى بعده فان أرادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء مع اقامة بالتراضى ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا أثر للرضاع فى ازالة المحرم شرعا (قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أو لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا فى رواية عن أبى حنيفة حتى لو فطم صبى قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهرا عند أبى حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل ان تمضى عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم فى ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما فى الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير فى حرمة الرضاع تشبثا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور فى ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضى رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا وروى ان أبا موسى الاشعرى سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم أتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال أترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ أبا موسى قال لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر

قال (واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لارضاع بعد الفصال ولان الحرمة

ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الائمة وفخر الاسلام والقاضى أبو زيد بخلاف قول الجمهور وقد حققناه فى الاصول ويمكن أن يستدل لابى حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان لا فائدة فى جعله نفقتهما من حيث هى ظئر أوجه منها فى اعتباره ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها لان النفقة لها باعتبارها ظئرا غير زوجة لا تكون الا أجرة لها واللام من لمن أراد متعلق بيرضعن أى يرضعن للآباء الذين أرادوا اتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن فى الحولين واذا كانت الواو من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان أظهر فى تقييد الاجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا اليه وان النسبة الى الآباء والحاصل حينئذ يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالاجرة وهذا لا يقتضى ان انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الاجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها فى الجملة قوله تعالى فان أرادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فاين الدليل على انتهائها لستة أشهر بعدهما بحيث لو أرضع بعدها لا يقع التحريم وماذكر فى وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه اذا أريد الفطام يحتاج اليها ليعود فيها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فاما انه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الادلة ولا شك ان الشرع لم يحرم اطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما لجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عند دعن اللبن بمرة فليست الزيادة بلازمة فى العادة ولا فى الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوى وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر وحينئذ فقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد منه قبل الحولين فانه موضع التردد فى أنه يضر بالولد أولا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له (قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أو لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروى عن عائشة رضى الله عنها فكانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا وحديث سهلة المتقدم

ينفصل ويصير أصلا فى الغذاء (قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم أو لم يفطم) وقال بعض الناس الكبير والصغير سواء فى حكم الرضاع واحتجوا بظاهر النصوص وبقول عائشة رضى الله عنها حتى كانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها

(قوله والكبير لا يسمى رضيعا الخ) أقول قد سبق ان الرضاع فى اللغة مص اللبن من الثدى مطلقا ولا نسلم انه يقتضى رضيعا بل راضعا ويطلق على الكبير فى اللغة الراضع يقال لئيم راضع أى يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة ان يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن

باعتبار النشوء وذلك فى المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله
اذا استغنى عنه وجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة فقيل لا يباح لان اباحته

والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين
تفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه فى استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان من حولين
وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلى وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم أجمعين وما ذكره
المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفى الحكم لانه قد ثبت هو يته بعده وما فى
الترمذى من حديث أم سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء فى الثدى وكان
قبل الفطام قال الترمذى حديث حسن صحيح وفى سنن أبى داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من
الرضاع الا ما أنبت اللحم وأنشر العظم يروى بالراء المهملة أى احياه ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء أنشره وبالزاى
أى رفعه وبزيادة الحجم يرتفع وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم
وعندى رجل فقال يا عائشة من هذا قلت أخى من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من اخوتكن فان الرضاعة
من المجاعة يعنى اعرفن اخوتكن لخشية ان يكون رضاعة ذلك الشخص كانت فى حالة الكبر فان قلت عرف
من أصلكم ان عمل الراوى بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ
وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رضى الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما
بنسخ كون رضاع الكبير محرما قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكمنا بانه اطلع
على ناسخه فى نفس الامر ظاهرا لان الظاهر انه لا يخطئ فى ظن غير الناسخ ناسخا الا قطعا فلو اتفق فى خصوص
محل بان عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه فى استدلاله بذلك الدليل لا شك
انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فاما اذا تحققنا فى خصوص مادة
خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه وفى الموطأ وسنن أبى داود عن يحيى بن سعيد ان
رجلا سال أبا موسى الاشعرى فقال انى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى فقال أبو موسى
لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتى به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت
فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان فى حولين فقال أبو موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم
هذه رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما أفتاه بالحرمة لا يكون الا لذكره الناسخ
له أو لتذكره عنده وغير عائشة من نساء النبى صلى الله عليه وسلم يابين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله
صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس
عورتها بشفتيه فحكمن بان ذلك خصوصية وقيل سببه ان عائشة رجعت وفى الموطا عن ابن عمر جاء رجل
الى عمر بن الخطاب فقال كانت لى وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتى اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت
دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها وأت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير (قوله ولا يعتبر الفطام
قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم الا فى رواية عن أبى حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار
بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا أرضع فيها رواها الحسن عنه وفى واقعات الناطفى الفتوى على ظاهر
الرواية انها تثبت ما لم تمض اقامة للمظنة مقام المئنة فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الارضاع
بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمى فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة) وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع
به للتداوى وأهل الطب يثبتون للبن البنت أى الذى نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف
المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب

أن ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا أن غيرها من نساء رسول الله عليه السلام كن يابين ذلك ويقلن لا نرى
هذا من رسول الله عليه السلام الا رخصة لسهلة خاصة حيث قال لها رسول الله عليه السلام أرضعى سالما

بين أظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا

ضرورية

ضرورية لكونه جزء الآدمى قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذى رويناه (الا أم
أخته من الرضاع فانه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز) أن يتزوج أم أخته (من النسب) لانها تكون أمه أو

على الظن والا فهو معنى المنع (قوله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذى رويناه) وهو بهذا
اللفظ (قوله الا أم أخته من الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة
المعنى فالاول ان يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له والثانى أن يكون
له أخت من الرضاعة لها أم من النسب تحل له اذا لم تكن هى المرضعة والثالث ان يرضع الصبى والصبية امرأة
ولاخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبى تلك الام أما من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام حالا منه
لان الام معرفة فيجئ الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لانه معرفة أعنى أم أخته بخلاف
أخته لانه مضاف اليه وليس فيه شئ من مسوغات مجئ الحال منه ومثل هذا يجئ فى أخت ابنه ولو قال أخت
ولده كان أشمل فالاول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بان ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه
حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثانى له ابن من الرضاع بان ارتضع زوجة الرجل حلت
للرجل أخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرناه أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك
الرجل بان ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت أخته لابيه من الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم
من النسب فيه الذى هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة فى أم أخته من النسب بكونها أمه أو
موطوءة أبيه وكذا فى تعليله اخراج أخت ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع بعد تعليله حرمة
أخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ أمها حرمت عليه وانما اقتصر على هذا بناء على انها ليست بنته
لوضوح الشق الآخر فافاد بالتعليلين ان المحرم فى الرضاع وجود المعنى المحرم فى النسب ليفيد انه اذا انتفى فى
شئ من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت كذلك الانتفاء فى صور أخرى الاولى
أم النافلة من الرضاع بان أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم فى النسب وهى
كونها بنتا أو حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بان أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك
بالام لانها ليست أمك وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة وكذا عمة ولدك لانها من النسب
أختك وليست أختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها ان تتزوج بابن أختها من الرضاع وباخى ولدها وبابى
حفيدها منه وبجد ولدها منه وخاله ولا يجوز ذلك كله فى النسب لما قلنا فى حق الرجل وقد جمعت فى قوله

يفارق النسب الرضاع فى صور * كأم نافلة وجدة الولد
وأم عم وأخت ابن وأم أخ * وأم خال وعمة ابن اعتمد

واستشكل الحاق أم العم وأم الخال بانهما اما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من
الرضاع وكلاهما محرم فى النسب الا ان أراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه وبالخال منه من رضع مع أمه وله
أم أخرى من النسب أو الرضاع فحينئذ يستقيم ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا
تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله ثم قالت طائفة هذا
الاخراج تخصيص للحديث أعنى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس
تخصيصا لانه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق

خمسا تحرمين بها عليه ولكنا نقول انتسخ هذا الحكم بقول رسول الله عليه السلام الرضاع ما أنبت اللحم
وأنشر العظم وذلك فى الكبير لا يحصل والصحابة اتفقوا على هذا وروى ان أبا موسى الاشعرى رضى الله
تعالى عنه سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم أتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال أترون هذا
الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ أبا موسى الاشعرى حلف ان لا يفتى مادام عبد الله فيهم وفى رواية فقال أبو
موسى الاشعرى لا تسألونى مادام هذا الحبر بين أظهركم (قوله الا أم أخته من الرضاعة) قوله من الرضاعة جاز

قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله (الا أم أخته من الرضاع) جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التى كانت أمها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التى كانت أمها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبى والصبية الاجنبيان على ثدى امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبى ان يتزوج أم أخته التى كانت الام من الرضاعة التى انفردت بها رضيعا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

(قوله جاز ان يتعلق بالاخت الخ) أقول يعنى بحسب المعنى والا فهو بحسب الصناعة حال من الام

موطوءة أبيه بخلاف الرضاع و يجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا وذكر الاصلاب فى النص لاسقاط اعتبار التبنى

بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم و بنات الاخ و بنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا فى الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها من مسمى ثالث فكيف تكون مخصصة وهى غير متناولة ولذا اذا خلا تناول الاسم فى النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وان كانت أخت ولده من النسب وأنت اذا حققت مناط الاخراج أمكنك تسمية صور أخرى والاستثناء فى عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعا أعنى قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا أم أخته الخ وعلى هذا فالاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتى عددناهن آنفا كما فى آية المحرمات وما بعدهن فيها فمحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان من كانت اما من الرضاعة أو بنتا أو أختا أو بنت أخ الخ تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاعة قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الاصلاب فى الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفى ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع لصلاحيته لذلك فكان لاخراجهما أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث المذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فالجواب ان الجزئية المعتبرة فى حرمة الرضاع هى الجزئية الكائنة من النشوء وانبات اللحم لا مطلق الجزئية وهذه ليست الجزئية الكائنة فى حرمة المصاهرة اذ لا انبات للحم من المنى المنصب فى الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كلها شيأ فشيأ حتى لا يبقى منها شئ ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المنى ولذا فلا يبقى منه فى المرأة شئ استحال الى جوهرها (قوله وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أى كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب فى آية المحرمات يخرجهما أجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم

أن يتعلق بالام وجاز ان يتعلق بالاخت وجاز ان يتعلق بهما اما صورة تعلقه بالام فهى ان يكون لرجل أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فانه يجوز له أن يتزوج أم أخته التى كانت أمها من الرضاعة واما صورة تعلقه بالاخت فهى ان تكون لرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب فانه يجوز له أن يتزوج أم أخته التى كانت أمها من النسب وأما صورة تعلقه بهما فبان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدى امرأة اجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج أم أخته التى كانت الام من الرضاعة التى انفردت بها رضعا وذكر فى المحيط قال أصحابنا رحمهم الله وما يتعلق به التحريم فى النسب يتعلق بالرضاع الا فى مسئلتين احداهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج أم أخته من النسب و يجوز فى الرضاع وانما كان كذلك لان فى النسب اذا كانا أخوين لام فام الاخ أمه وان كانا أخوين لاب فام الاخ امرأة أبيه وهذا معدوم فى الرضاع والمسئلة الثانية فانه لا يجوز للرجل ان يتزوج أخت ابنه من النسب و يجوز فى الرضاع وانما يكون كذلك لان أخت ابنه من النسب ان كانت منه فهذه بنته وان لم تكن منه فهى ربيبته وهذا المعنى لا يتاتى فى الرضاع حتى ان فى النسب لو لم يوجد أحد هذين المعنيين فانه يجوز بان كانت جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما ولكل واحد منهما ابنة من امرأة أخرى جاز لكل واحد من المولين ان

على

وقوله (لاسقاط اعتبار التبنى) فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما فى الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون باسقاط حليلة ابن الرضاع أو لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى فى الاسقاط أجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة

على ما بيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه و يصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن أبا للمرضعة) وفى أحد قولى الشافعى لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضى الله عنها ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة

زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجته بقى ان يقال فمن أين يثبت تحريمهما و يجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما فى الجوابين ومن فروعهما فرع لطيف وهو رجل زوج أم ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت الى الرضيع الذى كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها الآن الصغير صار ابنا له فلو بقى النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أى فى فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من اضافة الشئ الى سببه (يتعلق به التحريم) يعنى اللبن الذى نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته و بين ذلك الرجل بان يكون أبا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه أبوها ولا لاخوته لانهم أعمامها ولا لآبائه لانهم أجدادها ولا لاعمامه لانهم أعمام الاب ولا لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء أولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها أولى فلا تتزوج أباها لانه جدها لامها ولا أخاها لانه خالها ولا عمها الا انها بنت بنت أخيه ولا خالها الا انها بنت بنت أخته ولا أبناءها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم أخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتا لا يحل لرجل أن يجمع بينهما لانهما أختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت برجل وهى ذات لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها ربيبة للثانى و بنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثانى ولو كان المرضع صبيا حل له تزوجه ببناته هذا ما لم تلد من الثانى فاذا ولدت من الثانى فان أرضعت رضيعا فهو ولد للثانى وان حبلت من الثانى وهى ذات لبن من الاول فما لم تلد اللبن من الاول والرضيع به ولد له عند أبى حنيفة رضى الله عنه تثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رحمه الله ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال أبو يوسف ان علم أن اللبن من الثانى بامارة كزيادة فهو ولد الثانى والا فهو ولد الاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثانى غالبا فهو للثانى وان استويا فلهما وبقول أبى حنيفة قال الشافعى رضى الله عنه فى الجديد وقد حكى الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند أبى حنيفة رضى الله عنه وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا أنسب بقول محمد رحمه الله فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها و بخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فارضعت به ثم جف لبنها ثم در لها فارضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو أباها كما لو لم تلد من الزوج أصلا ونزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها التحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لانها ليست بنته لان نسبته اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ولبن الزنا كالحلال فاذا أرضعت به بنتا حرمت على الزانى وآبائه

يتزوج بابنة شريكه وان كان كل واحد من المولين متزوجا باخت ابنه من النسب وفى غيرها تين المسئلتين حكم الرضاع وحكم النسب سواء (قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه و يصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن أبا للمرضعة) وأمه جدة وابنه أخا و بنته أختا وأخوه عما وأخته عمة حتى لو كان للرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة منهما صغيرا صارا أخوين لاب وان كان أحدهما أنثى لا يحل النكاح بينهما وان كانتا أنثيين لا يحل الجمع بينهما لانهما أختان من أب وان كان لرجل امرأة واحدة فولدت منه فارضعت صبيين صارا أخوين لاب وأم ولا يحل لهذا المرضع امرأة وطئها الزوج ولا للزوج امرأة وطئها الرضيع (قوله ولنا ما روينا) وهو يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عليه السلام لعائشة رضى الله عنها ليلج عليك أفلح فانه عمك

وقوله (ولبن الفحل) من باب اضافة الشئ الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله (عليه السلام لعائشة ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة) دليل واضح على ذلك فان عائشة ارتضعت من امرأة أبى القعيس وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح فلما كانت تلك المرأة اما لها كان زوجها أبا لها وأخو الزوج عما لها لا محالة و روى أنها قالت يا رسول الله ان أفلح أخا أبى القعيس دخل على وأنا فى ثياب فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما أرضعتنى المرأة لا الرجل فقال عمك من الرضاعة وذلك لا يكون الا باعتبار لبن الفحل

(قوله وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح) أقول أفلح أخو أبى قعيس على ما يشهد به كتب الاحاديث وغيرها

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا (ويجوز أن يتزوج الرجل باخت أخيه من الرضاع) لانه يجوز أن يتزوج باخت أخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له أخت من أمه جاز لاخيه من أبيه أن يتزوجها (وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما أن يتزوج

وأبنائه وأبناء أبنائهم وان سفلوا وفي التجنيس من علامة أجناس الناطفي عن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني أن يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابيه ولا لاجداده ولا لاحد من أولاده وأولادهم ولم الزاني أن يتزوج بها كما يجوز له أن يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء الزاني وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لا بلبن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكروا يرى ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة ما لم يثبت النسب فحينئذ تثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو أوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذ ليس اللبن كائنا من منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من أعلى المعدة لا من أسفل البدن كالحقنة فلا انبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أثبت الحرمة منه وبه يستدل على ابطال قول ضعيف للشافعي انه لا تثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم لانه لا جزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته ولانه لو نزل للرجل لبن فارتضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه ولنا النظر المذكور وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين ان أفلح أخا أبي القعيس استأذن على بعد ما نزل الحجاب وقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وان أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني وانما أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن أرضعتني امرأته فقال ائذني له فانه عمك تربت يداك وفي رواية تربت يمينك الى غير ذلك من الاحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضاءل معها ذلك المعقول على أنه قد قيل انه لا يتغذى الولد به وأما لبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله واذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى بخلاف ما في الخلاصة ولانه يخالف المسطور في الكتب المشهورة اذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى وتقدم البحث في دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الربيبة من الرضاع (قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة اليه احتياطا) كالمصاهرة وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الابنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد (قوله وكل صبيين) يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة في العمرين فان عمر

من الرضاعة فالعم من الرضاع لا يكون الا من لبن الفحل ثم المراد من لبن الفحل لبن حدث من حمل رجل فذلك أب الرضيع * وفي النهاية للعلامة السغناقي رحمه الله وتفسير ذلك ما ذكره في الذخيرة والمحيط فقال امرأة ولدت من زوج وأرضعت ولدها ثم يبس ثم در لها اللبن بعد ذلك فارضعت صبيا لهذا الصبي أن يتزوج بابنة هذا الرجل من غير هذه المرأة قال وليس هذا بلبن الفحل وكذلك اذا تزوج امرأة ولم تلد منه قط ثم نزل لها اللبن فان هذا اللبن من هذه المرأة ولو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية لا يجوز لهذا الزاني أن يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وابن هذا الزاني (قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه) ولا يلزم على هذا ما اذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن ولا يتغذى به الصبي (قوله وكل صبيين اجتمعا

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك أو دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من ثندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف تثبت بارتضاع اللبن بسببه ولا تثبت من اللبن الحاصل من نفسه أجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما ينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطء الميتة في انه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فانها توهم ان المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم ان المراد ما ينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحبل من زوجها حتى لو نزل لها اللبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حل الوطء في الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني وقوله (ويجوز ان يتزوج الرجل) واضح وقوله (وكل صبيين اجتمعا) ظاهر (وبالاخرى

بالاخرى) هذا هو الاصل لان أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت) لانه أخوها (ولا ولد ولدها) لانه ولد أخيها (ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم) خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة

أخف من أبي بكر ولو ثني نحو أبي بكر فعند البصريين يكون بتثنية المضاف فيقال أبو بكر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون أبو بكرين والشهرة كالاقرعين للاقرع بن حابس وأخيه (قوله ولا يتزوج المرضعة) بفتح الضاد تورث ويجوز كونها فاعلا فينصب أحد ومفعولا فيرفع وما في الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقا بالسن بسنين كثيرة أو مسبوقا بارتضاعها بان ولد بعدها بسنين وكذا لا يتزوج أخت المرضعة لانها خالته (قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله) فان الاصح عنده انه اذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد واعتبر مالك رضي الله عنه في جميع ذلك أن يكون اللبن مستهلكا (قوله هو) أي الشافعي رضي الله تعالى عنه (يقول انه) أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه وعلى ما هو الاصح فمرجع الضمير القدر المحرم (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه

على ثدي واحدة) أي ثدي امرأة واحدة (قوله ولا يتزوج المرضعة أحدا من ولد التي أرضعت) في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحدا على المفعولية ومن ولد التي أرضعت على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ * وفي نسخة أخرى ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية * وهذا أيضا صحيح ونسختان آخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا ولكن على هذين التقديرين لا بد أن يكون من الولد التي أرضعت معرفا باللام (قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم) وكذا لو خلط بالدواء أو بلبن البهيمة فالعبرة للغالب وفسر الغلبة محمد رحمه الله تعالى عليه فقال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت * وقال أبو يوسف رحمه الله أن غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير أحدهما دون الآخر يكون رضاعا * وقيل على قول أبي حنيفة رحمه الله اذا جعل اللبن في دواء أو أخلط بالماء لا تثبت الحرمة بكل حال كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم) وقال الشافعي رحمه الله قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشرب به الصبي تثبت به

الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة أي ثدي امرأة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الانعام وقوله (ولا يتزوج المرضعة أحدا من ولد التي أرضعت) قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحدا على المفعولية من ولد التي على طريق الاضافة وهذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة أخرى ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا أيضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخي ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذان التقديران لابد وان يكون من الولد الذي أرضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر وقوله (واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال أبو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير أحدهما يكون رضاعا وقوله (خلافا للشافعي) فان عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشرب به الصبي تثبت به الحرمة هو يقول انه موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونحن نقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حالف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم تثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجيح الحرمة احتياطا أجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم تثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى متناقض لانه نفى التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا

(قوله لابد وان يكون من الولد الذي أرضعته معرفا باللام) أقول وأنت خبير بانه يصح المعنى بدون جعل الولد معرفا باللام فان امرأة اذا أرضعت صبية ثم جاء من المرضعة بفتح الضاد ولد لا يجوز لتلك المرأة أن تتزوج ولد مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة الخ) اقول فيه ان وضع المسئلة في الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلائم هذا التفسير هنا بخلاف ما فعله صاحب النهاية (قوله ولا ترجيح الا بعد التعارض) أقول لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراده بالتعارض بتفسيره فانه نبه انه لا يريد به التعارض المصطلح وكأنه

ترجيح الابعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع أمر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لامدخل له فيه سلمناه ولكن تعارض ضرب بالترجيح أحدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول أولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في حب من الماء نجسه وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما الا ان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر ومادونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه وقوله (واذا اختلط اللبن بالطعام) واضح وقوله (لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا) يعني سواء كان غالبا أو مغلوبا أما اذا كان مغلوبا فظاهر وأما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما امالم يكن مغلوبا أو يكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به ليقوى به على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوى الغالب والمغلوب واذا

الغالب كما في اليمين (وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وان كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما أن العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل (وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول

مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا الا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع حل الشرب والسقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح وحينئذ للشافعي رحمه الله ان يقول بل هنالك فارق وهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا الا ان يقال نحن لو طافقيدونه واما مانحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المئنة هذا اذا اختلط بالماء أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار واما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لهما ان العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود) وهو التغذي وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت واحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في القصعة اما عند رفع اللقمة الى فيه فالاكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب وأثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات أبي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فيحرم اتفاقا لان تلك القطرة اذا دخلت الجوف أثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذي حينئذ بالطعام والتغذي مناط التحريم (قوله فان اختلط) أي اللبن بالدواء حاصله انه كالماء لان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصدان

الحرمة كذا في المبسوط لانه موجود فيه حقيقة وذلك القدر لو وصل بنفسه يثبت به التحريم فكذا اذا كان معه غيره * ولنا أن المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب كما في اليمين فانه لو حلف أن لا يشرب اللبن فشرب لبنا مغلوبا بالماء لا يحنث (قوله ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح) قوله هو

انما ترجح الحرمة ان لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة رجحان على دليلها فليتأمل (قوله لان الحقيقة الخ) أقول أي الحقيقة المجردة عن الحكم الا أن الخصم ينازع فيه (قوله وموضعه الاصول) أقول في باب المعارضة والترجيح (قوله ويؤيد ماذكرنا) أقول يعني قوله الحقيقة لا تعارض الحكم (قوله فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول يريد المصنف انه يصير كالمغلوب حقيقة في أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما وحاصله قياس محل الخلاف بمحل الوفاق وجعل الكاف زائدة لا يفيد لانه ان أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر انه ليس كذلك وان أريد أنه مغلوب حكما من حيث انه ليس بمقصود فمعنى التشبيه أيضا يؤول اليه

لان وصول قطرة منه يحرم قلت النظر ههنا الى المقصود فان كان غالبا كان القصد الى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللاتسوية الدواء يلوح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال (واذا اختلط اللبن بلبن شاة) * صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل أبي يوسف في المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد وزفر ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن أبي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول أبي يوسف وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر وأصل المسئلة في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشيء يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا وقوله (واذا نزل للبكر لبن) ظاهر قوله (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي) قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر وهو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم تبق

واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما في الماء (واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) لان الكل صار شيأ واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن أبي حنيفة في هذا روايتان وأصل المسئلة في الايمان (واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم) لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم) خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما

الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أم استعط (قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير اياه) أو لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له أثر في اثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا (قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعي وقال محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وعن أبي حنيفة روايتان رواية كقول أبي يوسف ورواية كقول محمد ووجه قول أبي يوسف جعل الاقل تابعا للاكثر ووجه قول محمد ان الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا للآخر فيثبت التحريم من كل منهما استقلالا قال (وأصل المسئلة في الايمان) اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بيناه وقال شارح عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى انه انما يكون أصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف الى قول محمد حيث أخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر وأصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر (قوله واذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء) وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رحمه الله ورواية عن أحمد لانه نادر فاشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر له تتمة (قوله واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فاوجر به صبي تعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما

الصحيح احتراز عن قول بعضهم اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت في حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة * والاصح أنه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذي كان بالطعام دون اللبن كذا في المبسوط (قوله واذا اختلط لبن امرأتين) الى أن قال وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه روايتان في رواية اعتبر الغالب كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه وفي رواية تثبت الحرمة منهما كما هو قول محمد رحمه الله تعالى عليه وأصل المسئلة في الايمان وهو ما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وشرب به فهو على هذا الخلاف (قوله واذا حلب لبن المرأة بعد موتها

هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم تبق

(قوله لان وصول قطرة منه يحرم) أقول الاظهر أن يقول بدله لان اللبن هو المقصود ثم يمنع ذلك في الجواب اذا كان مغلوبا (قوله وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة الخ) أقول ولك أن تقول لو صح هذا الدليل يلزم أن لا تثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده الا أن يقال يثبت بالاسناد وفيه بحث

هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها او بالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر فى حق الميتة دفنا وتيمما أما الحرمة فى الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا (واذا احتقن الصبى باللبن لم يتعلق به التحريم) وعن محمد انه تثبت بها الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد فى الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك فى الدواء فاما المحرم فى الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد ذلك فى

هو المرأة ثم تتعدى الحرمة الى غيرها بواسطتها او بالموت لم تبق محلا لها ولهذا) أى لعدم المحلية (لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة وانما ان السبب الجزئية) وحاصله الغاء الفارق بين الاجماعية وهى ما اذا كانت حية والخلافية وهى ما اذا كانت ميتة وهو موتها الان حياتها ليس جزء السبب لتنتفى الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم الخ وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان أضيفت الى انتفاء محليتها مطلقا للحكم منعناه لثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية فى الحال حل له دفن الميتة وتيممها لانها محرمة أم زوجته وأيضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانهما أختان أو بالنسبة الى حرمة نكاحها فقط منعنا تاثيره فى افادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى قلنا ان أردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع ان الحرمة انما تثبت فى الكل معا شرعا والتقدم فى الام ذاتى لا زمانى فاذا تحقق المانع فى حقها ثبت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فان أراد عينا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبى حنيفة وقد أسلفنا توجيهه بان التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف فى اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف ومحمد انما قالا تنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب فى اناء نجس وأوجر به الصبى تثبت الحرمة وان أراد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب فى الحلق قسرا بفتح الواو والسعوط صبه فى الانف ويقال أوجرته ووجرته (قوله اما الحرمة فى الوطء) جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو ان سبب الحرمة فى الرضاع الانبات والنشوء بواسطة التغذى وفى حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة فى الرضاع لانها واقعة فى ارتضاع لبن الميتة (قوله واذا احتقن) قال فى المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم قال فى النهاية لكن ذكر فى تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما فى المغرب

فارضع الصبى تعلق به التحريم) وقال الشافعى رحمه الله لا يحرم اذا حلب بعد الموت بخلاف ما اذا حلب قبل الموت فشرب به بعد الموت فانه تثبت به الحرمة لان اللبن كان محلا قابلا للحكم عند حدوثه فتعلق الحكم به ولم يبطل ذلك بموت من انفصل منه أما اذا انفصل بعد الموت فلم يحدث اللبن على وجه يتعلق به الحكم فصار كلبن البهيمة اذا ارتضع صبيان منه (قوله وهذه الحرمة تظهر فى الميت دفنا وتيمما) هذا جواب عن حرف الخصم وبالموت لم يبق محلا لها فقال تظهر هذه الحرمة فى الميت دفنا وتيمما بان كانت المرضعة ذات زوج فان زوجها صار محرما لهذا الميت بالصهرية بسبب هذا الايجار * وقيل هذه المسئلة بناء على أن الفعل الحرام لا يصلح سببا للكرامة عنده كالوطء الحرام لا يوجب حرمة المصاهرة عنده وعندنا يصلح سببا باعتبار أنه سبب للجزئية لا باعتبار أنه حرام فكذا ههنا ايجار لبن الميت حرام فلا تثبت به الحرمة عنده وعندنا ثبوت الحرمة باعتبار أنه مغذ للصبى لا باعتبار أنه حرام (قوله واذا احتقن الصبى باللبن) الصواب واذا أحقن (قوله

الاحتقان

محلالها حتى تتعدى الى غيرها * وانا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما انه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر فى ظهور الحرمة فيها بل تظهر فى الميتة دفنا وتيمما بان كان لهذه المرضعة التى أوجر لبن هذه الميتة فيها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة يعنى ان حرمة المصاهرة بالوطء انما تثبت بملاقاته بمحل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا (وقوله واذا احتقن باللبن) قال فى النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض داواه بالحقنة واحتقان الصبى غير صحيح لعدم قدرته على ذلك فى مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر فى تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر فى استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر

(قوله قال فى النهاية صوابه الى قوله فى استعمال الفقهاء) أقول الى هنا كلام النهاية

(قوله وهذا لأن اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) بيانه ان الله تعالى خلق اللبن فى الأصل لغذاء الولد لعدم احتماله اسائر الاطعمة والاشربة فى ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا فى النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة اذا تاملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذى يكون اذونا الاصموخا فى غير الآدمى مما هو ثابت باستقراء لم يختلف وهو دليل على ان ما فى الآدمى فى الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك (واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمى والبهائم والحرمة باعتبارها) وذكر فى المبسوط فى هذا حكاية وهى ان محمد بن اسمعيل البخارى صاحب الاخبار كان يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى فى زمان الشيخ أبى حفص الكبير وجعل يفتى فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هنالك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارا

(قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة) أقول لانه هو المربى لا الذكور (قوله لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذى يكون أذونا الاصموخا فى غير الادمى مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف) أقول قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع الى الولود قال ابن خلكان فى ترجمة يزيد بن المفرغ العرب

الاحتقان لان المغذى وصوله من الاعلى (واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم) لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة (واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لانه لا جزئية بين الآدمى والبهائم والحرمة باعتبارها

عدم التعدى واذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما فى تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبى فى عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبى بل الى الحقنة وهى آلة الاحتقان والكلام فى بنائه للمفعول الذى هو الصبى ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس فى الدار ومر بزيد وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا فى كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار فى الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم ونص آخرون على أنه اذا وصل الى الجوف ثبتت الحرمة وبعضهم ذكر انه روى من محمد ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك فى الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار فى الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبى وكذا فى الاذن لضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر باقطار الدهن فى الاذن لسريانه فيصل الى باطنه ولا يمنعه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وان حصل به رفق من ترطيب ونحوه والمفسد فى الصوم لا يتوقف عليه كما فى الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا (قوله واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) وقد ذكر فى بعض الحكايات انه اتفق لرجل ارضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم أنه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بانه ليس لبنا كما لو نزل للبكر ماء أصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل لان الحكم لازم دائما بانه ليس بلبن (قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لا جزئية بين الآدمى والبهائم والحرمة باعتبارها) اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فان الوطء ابتذال وامتهان وارقاق ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء نفسه وحياته لمفيدها اذا كان الرضيع صبيا بالنسبة الى المرضعة تكرمة لها وجعلت فى الشرع أماله بسبب ان جزأها صار جزأه كما كان الام من النسب كذلك اذ جزؤه جزؤها وجزؤه الآخر جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة فى اعتبار رحالتها جل ذكره فانما خلقتها لابتذال الآدمى لها على انحاء الابتذال المأذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفى آية اخرى فمنها ركوبهم ومنها يأكلون

واذا شرب صبيان من لبن شاة) فلا رضاع بينهما لانه لا جزئية بين الآدمى والبهائم لان الاختية لا تكون الا بعد الامية والبهيمة لا تتصور أن تكون أما للآدمى ولادا فكذا رضاعا بخلاف ما لو حصل الرضاع من المرأة لان الامية هنا تتصور ولادا فكذا رضاعا وكان محمد بن اسماعيل رحمه الله صاحب الحديث يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارا فى زمن الشيخ أبى حفص الكبير رحمه الله وجعل يفتى فقال له الشيخ لا تفعل فلست هنالك فابى أن يقبل نصيحته حتى استفتى عن هذه المسئلة اذا أرضع صبيان بلبن شاة فافتى بثبوت الحرمة

تقول كل سكاء تبيض وكل شرفاء تلد السكاء التى لا اذن لها والشرفاء التى لها أذن طويلة والضابط عندهم فيه ان كل حيوان له أذن ظاهرة فانه يلد وكل حيوان ليست له أذن ظاهرة فانه يبيض (قوله وهو دليل على ان ما فى الآدمى فى الذكر ليس بلبن) أقول فى دلالة ما ذكره عليه بحث الأن يراد الدلالة الظنية الضعيفة ومثلها يوجد فيما نقله من النهاية أيضا ثم اعلم ان قوله هو راجع الى الاستقراء

(واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها

وهو سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوى فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الادمى توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الاكرام والاحترام فلم تعتبر الشاة أم الصبي والا لكان الكبش أباه والاختية فرع الامية وكذا سائر الحرم بعدها انما تثبت بتبعية الامية حتى الابوية فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان جزأه انفصل في ولده الذى نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شئ منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل انما يصل من أسفل والتغذى لبقاء الحياة والجزء لا يكون الا مما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن ارضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهوية الرجل الابوة وحين لا أم ولا أب فلا اخوة ولا تحريم ونقل ان الامام محمد بن اسمعيل البخارى صاحب الصحيح أفتى في بخارى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه أعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الاحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فانهما معا ولدا في العام الذى توفي فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (قوله واذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعا بين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الام وأما الصغيرة فان كان اللبن الذى ارضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار أبا لها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الاول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانتفاء ابوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لان الدخول بالام يحرم البنت وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط باضافة الفرقة اليها يعرف منه ان الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فاوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء اضافة الفرقة اليها وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها ان لم تكن مجنونة ونحوها وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام وصار كما لو قتلت مورثها فانها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في القامها الثدى مختارة فصار كمن ألقى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فاضيف اليه وأورد عليه ما لو ارتد أبو صغيرة منكوحة ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شئ لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر أجيب بان الردة محظورة في حق الصغيرة أيضا على ما مر واضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة أبويها بخلاف الارتضاع لا حاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر وهل يرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد يرجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بان تعلم قيام النكاح وان الرضاع منها مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن

فاجتمعوا وأخرجوه من بخارا بسبب هذه الفتوى (قوله فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) ثم ان كان قبل الدخول بالكبيرة جاز له أن يتزوج بالصغيرة لانها ربيبته ولم يدخل بامها ولا يتزوج الكبيرة

قال (واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) فاما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بامها (ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) ان تعمدت الفساد أو لم تتعمد (لان الفرقة جاءت من قبلها) قبل الدخول بها

(وللصغيرة

وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها) فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضف الفرقة اليها أجاب بقوله (والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها) ألا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى

لها بشئ من المهر ولم يوجد الفعل منها

(وللصغيرة نصف المهر) لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شئ عليها وان علمت بان الصغيرة امرأته) وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح

محمد انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما الا انها أي الكبيرة وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بان تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك أي تأكدما هو على شرف السقوط يجرى مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لان القام الثدى شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل

ابدا لانها أم امرأته من الرضاع كذا في الايضاح (قوله وللصغيرة نصف المهر) وقال مالك رحمه الله لا يجب لان الفرقة جاءت من قبلها بان صارت بنتا للكبير فسقط مهرها كما سقط مهر الكبيرة بان صارت أمها ألا ترى أن مهر الكبيرة يسقط وان قصدت الحسبة بان خافت الهلاك على الصغيرة وانا نقول ان هذه الفرقة لما صارت سبب ضمان واستقامت الاضافة الى اسم الامية والبنتية أضفناها الى الامية التي في الام لانها هي المخاطبة دون البنت كذا في الاسرار (قوله والارتضاع وان كان فعلا منها) جواب سؤال بان يقال علة الفرقة ارتضاع الصغيرة والالقام سبب والحكم يضاف الى العلة لا الى السبب * وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله تعالى لا يقال لولا امتصاصها ما جاءت الفرقة قيل له هي مجبورة على ذلك بحكم الطبع والكبيرة في القام الثدى في فيها مختارة فاضيف الفساد اليها كمن ألقى حية على انسان ولدغته أن الضمان على الملقى لان اللدغ لها طبعي حتى أن الصغيرة لو جاءت الى الكبيرة وهي نائمة فارتضعت بانتا ولكل واحدة نصف المهر ولا يرجع الزوج على أحد * فان قيل يشكل هذا بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشئ من المهر ولم يوجد الفعل منها * قيل له الردة محظورة لا اباحة لها بحال من الاحوال وانها معنى قام بها حكما بخلاف الارتضاع لانه لا حاظر له * فان قيل يشكل هذا برجل تزوج امرأة ولم يدخل بها حتى جاء رجل وقتلها يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع على القاتل بشئ مع أن القتل محظور * قلنا القصاص في العمد أحد موجبي القتل وكذا الدية في الخطا فلا يستوجب شيا آخر بسبب قتل واحد والزوج نصيب مما هو الواجب فلا يتضاعف حقه وأما الزوج فيما نحن بصدده فلا نصيب له ضمن شئ فيضمن ما تلف عليه وهو نصف الصداق كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الاسرار في جواب سؤال الردة فقال لا يمكن اضافة الفرقة الى ردة أبويها فان ردتها في الجملة تنفصل عن ردتهما ولا تبين هي بردتهما وانما تبين بردة نفسها فكانت الفرقة لمعنى فيها ثم قال في الاسرار هذه مسئلة مشكلة (قوله ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد) لانها بالارضاع أكدت ما كان على شرف السقوط بان قبلت ابن زوجها بعد ما صارت مشتهاة وقد أكدته بالارضاع فتضمن نصف المهر كما في شهود الطلاق وكما لو زنى بامرأة أبيه قبل الدخول بها تقع الفرقة بينهما ويقضى على الاب بنصف الصداق ويرجع به على ابنه * وذكر الامام المحبوبي رحمه الله لا يرجع الاب على الابن وان كان قال الابن تعمدت فساد النكاح لما أنه وجب عليه حد الزنا فلا يغرم شيا آخر وأما لو قبل الابن امرأة أبيه وقال تعمدت فساد النكاح يرجع الاب بما وجب عليه من نصف الصداق على الابن لانه أكد ما كان على شرف السقوط (قوله وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الوجهين) أي فيما اذا تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان من أصله أن المسبب

والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم ان كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها أمر أخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين أسقط حقها (ويرجع به) أي بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد) بان قصدت بالارضاع افساد النكاح (وان لم تتعمد) بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا (فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين) جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاسطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك في التسبب (والصحيح

(قوله واعترض عليه الى قوله ولا يقضى لها بشئ من المهر الخ) أقول لو صح ماذكرتم يلزم أن يقضى لها بالمهر هنا بطريق الاولى (قوله والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ) أقول فيه بحث والام وب لا يسقط حقها ويجوز أن يقال الضمير في قوله من جهتها وحقها راجع الى المرأة الكبيرة دون الصغيرة اذ لا فعل منها شرعا لعدم اعتباره فليتأمل

ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر) بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حدا تشتهى (وذلك يجرى مجرى الاتلاف) فى ايجاب الضمان (لكنها مسببة فى ذلك) بالتأكيد لا مباشرة (امالان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا) لان وضعه لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال لتأديته الى الجمع بين الام والبنت فى ملك رجل نكاحا أولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوم فى نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وايجاره وانما هو ملك ضرورى يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة فى تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا أن الارضاع افساد

(قوله وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج) أقول قوله هو راجع الى ما وقوله بتقبيل متعلق بقوله شرف (قوله اذا بلغت حدا تشتهى) أقول يعنى الصغيرة المرضعة قال المصنف (لكنها مسببة فيه امالان الارضاع ليس بافساد للنكاح الخ) أقول كيف يكون ذلك وجها لظاهر الرواية عن محمد وأصله ان المسبب كالمباشر فتأمل قال الاتقانى ما كان يحتاج المصنف الى كلمة الاستدراك بين اسم ان وخبرها لانه لا يصح أن يقال ان زيدا لكنه منطلق وهذا لان قوله مسببة وقع خبر ان فى قوله لانها وان أكدت الخ اهـ وأنت خبير بان مسببة خبر لكن وخبر ان محذوف أى ليست بمباشرة (قوله أولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه الى قوله لكن وانما هو ملك ضرورى يظهر فى حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول الضمير فى لانه راجع الى النكاح أيضا وقوله هو فى قوله هو ملك راجع الى النكاح أيضا وقوله بل هو ناظر الى قوله ليس بسبب وضمير سقوطه راجع الى المهر قال المصنف (الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة) أقول قال الاتقانى ولقائل أن يقول لا نسلم ان طريقه طريق المتعة لان المتعة انما تجب فى الطلاق قبل الدخول اذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ولهذا يجب نصف المهر ولانه لو وجب بطريق المتعة لا بسبيل الزام المهر لوجب ثلاثة أثواب لا نصف المهر انتهى ونحن نقول مراد المصنف ان وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة فى كونه على خلاف القياس بالنص لا أنه متعة كما فهمه المعترض

ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجرى مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه امالان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال أولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف

الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلى وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسببة بان فعل الارضاع ليس موضوعا لافساد النكاح بل لتغذية الصغير وتربيته وانما يثبت الفساد باتفاق صيرورتهما أما وبنتا تحت رجل واما لان افساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى أن هذا الترديد بعينه يجرى فى مباشرة العلة بان يقال الارتضاع ليس بافساد النكاح وضعا والافساد ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه الخ وليس هو مسببا فالمعول عليه فى كونه سببا ما بيناه واذا كانت مسببة يشترط فيه أى فى لزوم الضمان التعدى كحفر البئر تسبيب للهلاك فان كان فى ملكه لا يضمن ما تلف فيه أو فى غيره ضمنه للتعدى فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينتهض على محمد اذا كان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه مسبب فيشترط التعدى وهو لا يلتزم اشتراط التعدى فيه وانما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص أو الدية فلا يجب شئ آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا أرضعت أجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم يغرما شيئا وان تعمدتا الفساد وأجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هنالك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بان قيل فارضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان فى هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج

كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك فى التسبيب على قوله وعلى قول الشافعى رحمه الله يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لانها أتلفت ملك نكاحها وملك النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال فى شاهدى الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل كذا فى المبسوط (قوله الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة) جواب

النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر أيضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر أجاب بقوله الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف فى باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه أى وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهى مسببة واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كما فى حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد وأما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد أو علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مامورة بذلك أى بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع فى دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا فى حق عدم وجوب الضمان عليها أجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعى وهو وجوب الضمان يعتمد التعدى والتعدى انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به وقوله (ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال أجنبيات كن

لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد أما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم (ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله تثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد

(قوله وهذا منا اعتبار الجهل الخ) جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام فى دار الاسلام عندكم ليس عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذى هو المحظور الدينى لا لدفع الحكم الذى هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدى كما قلنا والتعدى به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما أجنبية معا أو على التعاقب حرمتا فلو كن ثلاثا فارضعتهن بان ألقمت ثنتين ثديها وأوجرت الاخرى من لبنها حرمن أو على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانهن حين ارتضعتا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن فى عصمته سواها ولو كن أربعا فارضعتهن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمن وكذا لو أرضعتهن على التعاقب لانها حين أرضعت الاخريين لم يكن فى نكاحه غيرهما ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقى نكاح الثانية لانها حين أرضعتها ليس فى نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبرى الثانية ان ابتدأت بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه أو بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت يحرم الام ثم أرضعت الثانية وليس فى نكاحه غيرها (قوله ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل

لسؤال يرد على قوله لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر فلا يكون ملزما على الزوج شيئا فقد انتقض قولك بوجوب نصف المهر عند الافساد فعلم بهذا أن الافساد ملزم على الزوج * فاجاب عنه بان نصف المهر يجب بطريق المتعة والمتعة تجب ابتداء بالنص بقوله تعالى ومتعوهن لا بمقتضى العقد فان العقد قد انفسخ قبل الاستيفاء فصار كهلاك المبيع قبل القبض وهو لا يوجب على المشترى شيئا فكذلك ههنا (قوله لانها مامورة بذلك) قال عليه السلام أفضل الاعمال اشباع كبد جائع وهو فريضة ان خاف هلاك الصغيرة ومندوب ان كانت جائعة ومباح ان لم تقصد الفساد وتعمد الفساد انما يكون اذا أرضعتها بلا حاجة وتعلم بقيام النكاح وتعلم أن الرضاع مفسد فان فات شئ مما ذكرنا لم تكن متعمدة والقول فى ذلك قولها لانه شئ فى باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه (قوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد) وبه يصير الارضاع تعديا فيصلح سببا للضمان لا لدفع الحكم وهو وجوب الضمان (قوله ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين والمراد من الانفراد انفرادهن من

(قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول يعنى لا بالعقد

كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا والله أعلم بالصواب

عن أحمد واسحق والشافعي بأربع نسوة والذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي أمر ديني يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شيء يثبت ضمنا بطريق لا يثبت بمثلها قصدا والحديث عقبة بن الحرث في الصحيحين انه تزوج أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك له قال وكيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما وعقبة هذا يكنى أبا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروى مطولا في الترمذي وفيه فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني قال فاتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد أرضعتكما دعها عنك ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والاملاك لا تزال الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حق الله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد وأما الحديث فكان للتورع ألا يرى انه أعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية أيضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لاجابه به من أول الامر اذ الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على الحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها الا من باب الحكم وكونها كاذبة حقا على ما قيل لا ينفي اطمئنان النفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة يقارنها بحسب الغالب عدم الخبث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجنون وقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه أحد من الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وأيضا الرضاعة لا تتوقف على القام الثدي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رضي الله عنه مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية (فروع) قال لامرأته هذه أمي من الرضاعة أو أختي أو بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك بان قال أخطأت أو نسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط

الرجال لا لانفرادها عن جانبهن (قوله كمن اشترى لحما فاخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي) فانه لا ينبغي للمسلم أن يأكل ولا يطعم غيره لان المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما تثبت الحرمة هنا مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن على البائع (قوله ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح) وابطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما لو شهدوا على الطلاق وهذا لان ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالطلاق اقتضاء بخلاف مسئلة اللحم لان حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك فان الخمر مملوكة ولا يحل تناولها وجلد الميتة مملوكة وحرم الانتفاع به واذا كانت الشهادة بحرمة الاكل لا تتضمن زوال ملكه كانت الشهادة

أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر وقال الشافعي تقبل شهادة أربع منهن وقال مالك تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي ان الرضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول فيه تأمل

*(كتاب

(كتاب الطلاق)

الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثل هذا في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو أقرت المرأة بذلك وأنكر هو ثم قالت أخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي يحلف الزوج على العلم في قول وعلى البتات في قول ولو تزوجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو أقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا أقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه انتهى وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله أعلم

(كتاب الطلاق)

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه وأيضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشانه ثم ثنى بالاخف وأيضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود باحكامه ويتلوه الطلاق فاوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان أي التطليق أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال أطلقت بعيري وأسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي يقال ذلك اخبارا عن أول طلقة أوقعها فان قاله ثانية فليس فيه الا التأكيد أما اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سيأتي وغيرهما كقول القاضي فرقت بينهما عند اباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في ابائها وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له في حقيقته والتعريف لمجردها * وركنه

قائمة على مجرد الحرمة والحرمة حق الله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد لانه أمر ديني وكذا اذا خطب رجل امرأة فشهدت امرأة عدلة قبل أن يقع عقد النكاح انها أرضعتهما فهو في سعة من تكذيبها وله أن يتزوجها وكذا لو شهد معها رجل واذا كان المخبر ثقة فالاولى أن يتنزه عنه ولا يجب عليه ذلك لانه لو ترك نكاح امرأة تحل له كان خيرا له من أن يتزوج امرأة لا تحل له كذا في الكافي للعلامة النسفي رحمه الله والله تعالى أعلم بالصواب

(كتاب الطلاق)

هو اسم بمعنى التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على الحل والانحلال ومنه أطلقت الاسير اذا حللت اساره وخليته وأطلقت الناقة من العقال وطلقت بالفتح وناقة طالق لا قيد عليها ثم الطلاق على نوعين سني وبدعي فالسني نوعان سني من حيث العدد وسني من حيث الوقت والبدعي نوعان بدعي يعود الى العدد وبدعي يعود الى الوقت فالسني من حيث العدد نوعان حسن وأحسن

(كتاب الطلاق)
لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا أخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه

(كتاب الطلاق)
(قوله لما كان الطلاق متأخرا الخ) أقول كان الانسب للشارح أن يبين وجه تأخيره عن الرضاع بانه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الاشد لكنه نظر الى ان الارضاع من تتمات النكاح فتأمل (قوله وفي عرف الفقهاء الخ) أقول لعله منقوض بالفسخ فان القاضي اذا فسخ النكاح يكون في بعض المواد طلاقا وفي بعضها فسخا واللفظ واحد فليتأمل

نفس اللفظ * وأما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى * وشرطه فى الزوج أن يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفى الزوجة ان تكون منكوحته أو فى عدته التى تصلح معها محلا للطلاق وضبطها فى المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا أن تلحق الخلوة بالوطء فكأنما هو وفيه تساهل ثم يقتضى ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه فى الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فانه لا فائدة حينئذ فى اعتباره لانه لا يتوقت بغاية ليفيد الطلاق فائدته وأما فى الفسخ بغيرها فالمصرح به فى العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كأنه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبى أحد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبى ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان كانت المرأة فكذلك لحلها للسابى بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية وان كانت المرأة فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما وان كان عليها العدة فهى عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربى وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة فى نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فاسلم أحدهما أو صار ذميا فهى امرأته حتى تحيض ثلاث حيض فاذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لان المصر منهما كانه فى دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما باباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه وان كانت هى الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابى يوسف رحمه الله ولو كانت هى المرتدة فهى فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها فى العدة واختلف فى محليتها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهى فى العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال فى المبسوط وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد فاما على قول أبى يوسف الآخر يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لا يقع طلاقه فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعنى فاعتقته فحكى الخلاف فى هذين المسئلتين على عكس ما حكاه فى المنظومة فى المسئلة الثانية ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهى بعد فى العدة فطلقها فهو على هذا الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية فى دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد فى السير فيما اذا أسلمت امرأة الحربى وهما فى دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما الى مضى ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر فاذا مضت وقعت الفرقة قال محمد وعليها ثلاث حيض أخرى وهى فرقة بطلاق ولهذا يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا أن المدة أقيمت مقام ابائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه * وأما وصفه فهو أبغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعى الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحى ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه وغاية ما فيه أنه مبغوض اليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل نفى الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة أو ريبة فان طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما وأما ما روى لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز

فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة فى طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها (قوله

*(باب

وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة فى النكاح أو عدته التى تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل وأقسامه ما ذكره

(باب طلاق السنة)* ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق العامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى يا أيها النبى اذا طلقتم

(باب طلاق السنة) قال (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعى فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة

فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ولا يخفى أن كلامهم فيما سيأتى من التعاليل يصرح بانه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما أبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا فى بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الاوقات أعنى أوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر فى رواية لابى داود ما أحل الله شيأ أبغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له فى الزمان غير أن الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة أن يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر باكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها فى عصمته بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هى بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين وأما ما روى عن الحسن وكان قيل له فى كثرة تزوجه وطلاقه فقال أحب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأى منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضى الله عنهم كطلاق عمر رضى الله عنه أم عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن أنتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا وأما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره والله سبحانه وتعالى أعلم * وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن * وأما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى ومن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكايد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لان النفس كذوبة ربما أظهرت عدم الحاجة اليها أو الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب نفسه فى المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضى العدة والا أمكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة الا وقد جرب وفقه فى حال نفسه وبعد الثلاث تبلى الاعذار * وأما أقسامه فما أفاده المصنف بقوله (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعى) اعلم ان الطلاق سنى وبدعى والسنى من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعى كذلك فالسنى حسن وأحسن (فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه) ولا فى الحيض الذى قبله ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتى (ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما أسند ابن أبى شيبة عن ابراهيم النخعى ان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وقال محمد بلغنا عن ابراهيم النخعى (ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد عن الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها فى العدة أو بعدها دون تخلل زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث

وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة فى حقهن ولم يقل أحد بكراهته

النساء فطلقوهن لعدتهن وأمثالهما وأقسامه ثلاثة حسن وأحسن وبدعى على ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر (قوله ولانه أبعد من الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها فى العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة فى حقهن فلا يتكامل ضرر الايحاش

(باب طلاق السنة)
أقول فيكون ذكر التداعى استطرادا (قال المصنف الطلاق على ثلاثة أوجه) أقول قال العلامة النسفى فى الكنز الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح انتهى وفيه بحث لانه منقوض بالفسخ قال العلامة الزيلعى فى شرحه وهذا فى الشريعة وقوله شرعا يحترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق وقوله بالنكاح يحترز به عن العتق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح وفى اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا يقال أطلق الفرس والاسير ولكن استعمل فى النكاح بالتفعيل وفى غيره بالافعال ولهذا فى قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيها الى النية وبتخفيفها يحتاج اهـ (قوله حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة فى حقهن) أقول فيه بحث لما سبق فى اثبات خيار العتق فى باب نكاح الرقيق على ما فصل فى الشروح

وقوله (ولا خلاف لاحد في الكراهة) أي في عدم الكراهة يعني لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق وقوله (لان الاصل في الطلاق هو الحظر) لانه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله (والاباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخلص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية وانا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسندا

ولا خلاف لاحد في الكراهة (والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار) وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على

لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة محلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الايحاش (ولا خلاف لاحد في الكراهة) انما واقعة أولا بل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن واعلم ان السني المسنون وهو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا فمنع نفسه من الطهر الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو أوقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الايقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيء أسبابها وقيام داعيتها وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه له وكف تجافيا عن المعصية أثيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاقي السنة قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لانه المخاطب بايقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا أراد أن يطلق أن يكتب اذا جاءك كتابي هذا وأنت طاهرة فانت طالق وان كنت حائضا فاذا طهرت فأنت طالق وقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فامرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية أعله البيهقي بالخراساني قال أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورد بانه رواه الطبراني حدثنا علي بن سعيد الرازي حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي حدثنا أبي حدثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال أبو حاتم وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم وأما اعلال عبد الحق اياه بمعلى بن منصور فليس بذاك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى

بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك رحمه الله

الى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء وأشار به الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق خيره بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب وانما شرحه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا أمرك الله تعالى انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة (وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة) بيانه أن الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كان

قال المصنف (والحسن هو طلاق السنة) أقول تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له اذ الاحسن أيضا هو طلاق السنة

الحاجة الى الطلاق تكررت فأبيح تكرر الطلاق المفرق على الاطهار (وقوله ثم قيل) اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم

الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر أن يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا)

فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح الحسن الظاهر وطريق اعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر أوقع أخرى في الطهر الآخر كذلك فان قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا أوقع الثلاثة في ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها اثنتان (قوله ثم قيل الاولى أن يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها وقال المصنف والاظهر أي الاظهر من قول محمد حيث قال اذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجحه بانه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول أقل ضررا فكان أولى وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه أو جامعها في الحيض الذي يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا في حالة الحيض لانه بدعة محرمة وقال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد وفي أمره صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الامامية وقال قوم يقع به واحدة وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وبه قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة انهم يقولون خالف السنة فيرد الى السنة وفي الصحيحين ان أبا الصهباء قال لابن عباس ألم تعلم ان الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم ان ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر ان الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فامضاه عليهم وروى أبو داود عن ابن عباس قال اذا قال أنت طالق ثلاثا بمرة واحدة فهي واحدة وروى ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك وقال الامام أحمد حدثنا سعيد ابن ابراهيم قال أنبأنا أبي عن محمد بن اسحق قال حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثا وفي غيرها واحدة لما في مسلم وأبي داود والنسائي ان أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال أما علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس بل كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله

(قوله وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد) وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه كل طلاق مباح ثم قال لا أعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل كل ذلك مباح ويقول ايقاع الثلاث جملة سنة حتى اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة وقع الكل في الحال عنده

يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر أن يطلقها كما طهرت جعل هذا أظهر لان محمدا قال في الاصل واذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا

قال المصنف (احترازا عن تطويل العدة) أقول لا يقال ما ذكره موهوم لا يعارض المحقق الذي هو تطويل العدة لانه لا تطويل للعدة هنا لانها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شيء بخلاف ما اذا طلقها حائضا فان الحيض الذي وقع فيه الطلاق لا يحتسب من العدة مع انه من جنسها أو يحتسب فيكمل بالرابعة ولا يتجزأ فيتكامل كما صرح به في كتب الاصول وعلى هذا فتطويل العدة في غاية الظهور قال المصنف (وطلاق البدعة ان يطلقها) أقول قال ابن الهمام طلاق البدعة ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه أو جامعها في الحيض الذي يليه هو اه يعني الطهر الذي أوقع فيه الطلاق

وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم

عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن عليهم هذا لفظ أبي داود وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين الى أنه يقع ثلاث ومن الادلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال أيطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي موطا مالك بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس اني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى علي فقال ابن عباس طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطا أيضا بلغه ان رجلا جاء الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على هذا الجواب وفي سنن أبي داود وموطا مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما كان طلاقي اياها واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها انما تطلق بالثلاث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس وفي موطا مالك مثله عن ابن عمر وأما امضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ هذا ان كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم باناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فانا نرى الصحابة تتابعوا على هذا الامر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبدا فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وروى أيضا عن عبد الله بن عمرو بن العاص وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود ثلاث تبينها وسائرهن عدوان وروى وكيع عن الاعمش عن حبيب بن ثابت قال جاء رجل الى علي بن أبي طالب فقال اني طلقت امرأتي ألفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان فقال طلقت امرأتي ألفا فقال بانت منك بثلاث وأسند عبد الرزاق عن عبادة بن الصامت ان أباه طلق امرأته ألف تطليقة فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبع وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه الله وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل أما أولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن أحد منهم انه خالف عمر رضي الله عنه حين أمضى الثلاث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة ألف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي وأما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذين توفي عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبي هريرة رضي الله عنه وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بايقاع الثلاث ولم يظاهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن أنس بانها ثلاث أسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر أن يصير كبيع أمهات الاولاد أجمع على نفيه وكن في الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة

(وقال الشافعي كل طلاق مباح) يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضا قال في تعليله (لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم) وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا

قال المصنف (كل الطلاق مباح) أقول من حيث انه طلاق

لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام أجاب بقوله (بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق) وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لا يدري أهي حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا أعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح *(ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب الولد وكل ما هو كذلك (٣٣١) ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع الا أنه أبيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار * أجاب بقوله (وهي) أي الحاجة (في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها) وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور أجاب بقوله (والحاجة في نفسها باقية) يعني لاحتمال أن تكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد على الزوج باب امكان التدارك مع صغائه عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجوز ان يباح الثلاث جملة لكنها علة

والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا أن الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

اذا طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بان مخالفته لا تحتمل مخرجا عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا أيضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقدما بامر الشرع على ذلك الظاهر فلنا أن لا نشتغل معه بتأويل وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ أو العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا للمعارضة اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما أوجدناك من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه فتأويله ان قول الرجل أنت طالق أنت طالق أنت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التأكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تأويله ان الثلاث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عمر رضي الله عنه وأما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما أراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه قال أبو داود وهذا أصح * وأما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أولا فحكى فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روى ان عويمرا العجلاني لما لاعن امرأته وقال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلاثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رضي الله عنه امرأته شهباء ثلاثا لما هنته بالخلافة بعد موت علي رضي الله عنه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر ألا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق وبخلافه في الطهر الذي جامعها

(قوله وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها) وهو الاقدام على الطلاق في حال يميل قلبه اليها وهو الطهر الخالي عن الجماع والطهر الثاني والثالث نظير الاول في كونها دليل الرغبة فصارت الحاجة كالمتكررة بالنظر الى دليلها (قوله والحاجة في نفسها باقية) لانها قد تحتاج الى أن يحسم باب النكاح لتخلص عنها بالكلية لانه ربما يهواها ويميل طبعه اليها ما دام سبيل الوصول اليها ثابتا فيقع في

تعارض النص فلم تؤثر وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على أنه مفرق ويجوز أن يراد قوله عليه السلام لابن عمر ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث

قال المصنف (ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر) أقول قال الكاكي فان قال انه مأمور به فاني يكون محظورا قلنا الامر به لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره اه قوله كالحنث في اليمين يعني قول النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير منه ثم ليكفر عن يمينه وقوله وقطع الصلاة يعني لادراك الجماعة

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في طهر واحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه أخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا

فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى أن قال فان طلقها فلزم ان لا طلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بمرة واحدة وكان يتبادر ان لا يقع شيء كما قال الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وامكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لا تنافي الحظر الى آخره على ما نبين ولنا أيضا ما قدمناه من قول ابن عباس رضي الله عنهما للذي طلق ثلاثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث في معصية الله تعالى وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن أبي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك ابن الحرث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله فأثم وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله وأما ما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف وحينئذ فيجب حمل ما روي عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا انهم قالوا ثلاثا بالسنة وأيضا لنا ما ذكر المصنف من أن الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد التي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد قدمنا أن الحاجة باطنة فانيط الحكم بالحل على دليلها وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلاث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة قد تحقق الى فطام النفس على وجه يأمن ظاهرا عروض الندم وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهنا به (قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله مشروع فلا ينافي الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من أن النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من أن فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز ثبات مشروعيته في ذاته مع حظر لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب اذ لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلاة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا أحسن من قوله مشروع في ذاته الخ اذا تاملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيصرح به في وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في طلاق الحامل حيث قال ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة (قوله وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا) من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل) يعني أصل المبسوط وهو الكافي للحاكم أبي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب

(قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه أن المشروع لذاته لا يجوز أن يكون محظورا لذاته أما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلاة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلاث

عهدتها فامكن تصوير الدليل عليها (قوله لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه) وهو قوله لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية أو الدنيوية (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله فلا حاجة الى الجمع بين الثلاث والخلع سني وان كان في حالة الحيض لانه قد يحتاج الى المعاداة لان الله تعالى قال فلا جناح عليهما فيما

(والسنة

وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر قال (والسنة في الطلاق من وجهين أحدهما في الوقت والآخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها -
المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهي أن لا يزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو

(والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض) خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر قال

التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادات لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذه ان أبا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب تجويز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو انه أخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن أبي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض (قوله والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهي أن يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا في التي خلا بها أولى أن يكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وان يلحقها باخرين عند الطهر ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر (قوله والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) وكأنه عمم المدخول بها في التي خلا بها فانها أيضا يجب مراعاة السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا في الحيض الذي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو أخل باحداهما لزمت المعصية وانما لزمتا لان المراعى في تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه أما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية وأما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا أمرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها

افتدت به (قوله والسنة في العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) أي السنة في العدد وهو أن يطلقها واحدة فان كانت في المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه يكون سنيا في العدد والوقت وان لم يكن كذلك فهو سني في العدد لا في الوقت فيكون سنيا في العدد مطلقا (قوله ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض) فان قيل ينبغي أن يكون الطلاق في حالة الحيض مكروها في غير المدخول بها أيضا لقول النبي عليه السلام لعمر رضي الله تعالى عنه أن ابنك أخطأ السنة فالعبرة لعموم اللفظ وهو الطلاق في حالة الحيض فتعم المدخول بها وغير المدخول بها * قلنا كان كذلك في حق المدخول

ما يكون نصف حاشيتيه (والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى دليلها (وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة) فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض وفي حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السني في أي وقت كان (خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح * وعورض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله عليه السلام لابن عمر انما السنة أن تستقبل الطهر بالطلاق يدل على أن الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب وأجيب بان الخصوص لم يثبت لخصوص السبب بل لقوله عليه السلام لعمر مره فليراجعها

(وقوله انما سمي الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه) أقول قوله هو راجع الى العدد قوله (وأجيب بان الخصوص لم يثبت الى قوله بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها) أقول فان الرجعة تكون في العدة ولا عدة على غير المدخول بها

(وان كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى) لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) يعنى ان أشكل عليكم حكم اعتداد هاتين الطائفتين فكم هذا وقوله (واللائى لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف أى واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله (والاقامة فى حق الحيض خاصة) قيل هو اشارة الى مااختاره بعض أصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره (٣٣٤) آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض أصحابنا ان الشهر فى حق التى لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقى السنة وهذا لان المعتبر فى حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفى الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ماهو المعتبر وفيه بحث من وجهين أحدهما ماذكره صاحب النهاية بان الشهر لما أقيم مقام الحيض فاذا أوقع الطلاق فى أى شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق فى الحيض فكان حراما كما فى حالة الحيض والثانى ماذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى باقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لان الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل فى شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفى الملزوم وأجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكن أقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشئ لا يجوز أن يكون فى معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه فى انقضاء العدة والاستبراء خاصة الاترى ان الطلاق بعد

(واذا كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى) لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض الى أن قال واللائى لم يحضن والاقامة فى حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء فى حقها بالشهر وهو بالحيض

(قوله واذا كانت المرأة لاتحيض من صغر) أى بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بان كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أولا لهما بان بلغت بالسن ولم تر دما أصلا فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) أى لم يحضن بعد فيما مضى لان لم تقلب معنى المضارع الى المضى فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وأيضا نص على ان الاشهر عدة بقوله تعالى فعدتهن ثلاثة أشهر والعدة فى ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه فى ذوات الحيض بحيضة وجعل فى من لا تحيض شهر ويجوز كون الاقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ورجح بانه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة أيام لان أكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذى يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدتهن ماغالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحققها الا من مسماه وما ألزم به من أنه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق فى الشهر الثانى لانه فى الحيض حكما مدفوع بانه مقامه فى انه عدة فقط لا فى ذاته وذات الشهر طهر ولا فى حكم آخر ألا يرى ان الطلاق عقيب الجماع فى طهر ذوات الاقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة

بهما بدليل آخر الحديث وهو قوله مره فليراجعها (قوله الى أن قال واللائى لم يحضن) أى من الصغائر اللائى لم يبلغن واللائى بلغن بالسن كذلك فانهن يعتددن بثلاثة أشهر كذا فى التيسير (قوله والاقامة فى حق الحيض خاصة) أى لا فى حق الحيض والطهر * وفى المبسوط وقد ظن بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى أن الشهر فى حق التى لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ولو كانت الاقامة باعتبارهما لكان ينبغى أن يقدر الاستبراء بعشرة لانه أكثر الحيض هذا لان المعتبر فى ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفى الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ماهو المعتبر فى حق ذوات الاقراء فان قيل لما أقيم الشهر مقام الحيض فاذا أوقع الطلاق فى أى شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا الطلاق فى الحيض فكان حراما كما فى حالة الحيض * قلنا الخلف تبع للاصل بحاله لا بذاته أى لا يقوم مقامه فى جميع الوجوه فان الشهر فى حق الآيسة طهر حقيقة وانما أقيم الشهر مقام الحيض فى حق انقضاء العدة والاستبراء * وذكر شيخ الاسلام فلو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء فى حق جميع الاحكام لكان الطلاق بعد الجماع محرما كما فى حق ذوات الاقراء فلما لم يحرم علم أن الاشهر قامت مقام الحيض فى حق تعلق انقضاء

قال المصنف (واذا كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر) أقول قوله أو كبر يعنى بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أولا تحيض بان كانت حاملا قال المصنف (فأراد أن يطلقها للسنة الخ) أقول هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وسيجىء بعد سطر وبدليله الخاص (قوله والثانى ماذكره بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

الجماع فى ذوات الاقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء فى جميع الاحكام لكان محرما كما فى ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثانى ان الشرع أقام الاشهر مقام حيض تنقضى بها العدة وهى انما تكون فى ثلاثة أشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التى كانت توجد فيها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لى فائدة هذا الاختلاف وماذكره صاحب النهاية بان ثمرته تظهر فى حق الزام الجاحد ثم لما أجمعوا على ان فى الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه فى حق التى لا تحيض علم ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر فى ثلاث حيض انما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ماذكر فى المبسوط (٣٣٥) ولو كان لذاته لاشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشئ كما ترى لان الزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف فى مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال (ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر) اذا كان ايقاع الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت أو ناقصة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق بين طلاقى السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة (وهى مسئلة الاجارات) على ماسيأتى ان شاء الله تعالى قال (ويجوز أن يطلقها) أى الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها

بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهى مسئلة الاجارات قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر

لا يحرم فكذا الطلاق فى الشهر الثانى وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له فى الفروع (قوله ثم ان كان الطلاق وقع فى أول الشهر) هو أن يقع فى أول ليلة رؤى فيها الهلال (تعتبر الشهور بالاهلة) اتفاقا فى التفريق والعدة (وان كان وقع فى وسطه فبالايام فى التفريق) أى فى تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الاول بل فى الحادى والثلاثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين يوما فلو طلقها فى اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين فى شهر واحد (وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة) تعتبر بالايام وهو رواية عن أبى يوسف فلا تنقضى عدتها الا بمضى تسعين يوما (وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة) وقوله فى الفتاوى الصغرى تعتبر فى العدة بالايام بالاجماع يخالف نقل الخلاف (قوله وهى مسئلة الاجارات) يعنى اذا استأجر الى ثلاثة أشهر فى رأس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت أو كاملة وان استأجرها فى أثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه أسهل وليس بشئ ووجه بان الاصل فى الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهى مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن أن يقول ذلك فى الاشهر العربية وهى المسماة بالاسماء وهو لم يستأجره مدة جمادى ورجب مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة وحينئذ فلا بد من تسعين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينقضى هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك فى الثلاثة (قوله ويجوز أن يطلقها) أى يطلق التى لا تحيض من صغر أو كبر (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر وفى المحيط قال الحلوانى هذا فى صغيرة لا يرجى حبلها فاما فى من يرجى فالافضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى ان قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض فى التى تحيض وفيه ما يجب الفصل بحيضة ففى من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر

العدة بها لا غير (قوله وان كان فى وسطه) أى وان كان ايقاع الطلاق فى وسط الشهر ففى حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلاثون يوما (قوله ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله وكان شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها

زمان) قال شمس الائمة الحلوانى وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل وأما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان الافضلية لا تنافى الجواز (وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض) فمن لا تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا هنا بشهر ولان الرغبة تعتبر

(قوله لكان محرما كما فى ذوات الاقراء) أقول سواء كان مع الطهر كما قاله ذلك البعض أولا (قوله وماذكره صاحب النهاية الى قوله ليس بشئ) أقول قوله وماذكره مبتدأ وقوله ليس بشئ خبره (قوله ويجوز أن يطلقها أى الآيسة والصغيرة) أقول والاظهر ان ماذكره بيان حاصل المعنى والا فالضمير راجع الى من لا تحيض لصغر أو كبر

بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت فى الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلابد منه وهو الشهر (ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أى فى التى نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة (والكراهية) أى كراهية الطلاق بعد الجماع (فى ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) فلا يدرى ان انقضاءها يكون بوضع الحمل أو بانقضاء المدة (قوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذى ذكر) جواب قول زفران الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل

ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية فى ذوات الحيض باعتبار ه لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذى ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب فى وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد

ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان (قوله ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أى فى التى لا تحيض من صغر أو كبر (والكراهة) أى كراهة الطلاق فى الطهر الذى جامع فيه فى ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض أو بالوضع وهذا الوجه يقتضى فى التى لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفى التى لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل فى كل منهما ولما كان ظاهرا ان يقال قد علم منع الطلاق فى الطهر الذى جامع فيه آنفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق فى ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة وفى الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثانى فيمتنع أجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انتفى سبب من أسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا الاول لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة فى الوطء وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا فبقى الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجهان للرغبة سببين عدم الوطء مدة تجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطء غير معلق فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن أن يقال ينبغى أن يقتصر فى الجواب على منع عدم الرغبة و يترك جميع ما قيل من التعليل بعد توهم الحبل وادعاء ان الكراهة فى ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر فى العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها بان لم يظهر حمله فتصبر لامر الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت فى الطهر وعدمه الا بتجويز أنها حملت أولا وهذا لا يختلف معه الحال التى ذكرنا من اعتدادها لا يقال انه على أصل الشافعى من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثا الا اذا مضت مدة يظهر فى مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لانا لا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه فهو استحاضة فمع تجويز الحبل لا يتيقن بان ما رأته حيض أو استحاضة وهى حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطئت فى الطهر الذى يليه طهر الطلاق فلو اعتبر ما نعا منع الوطء فيه أيضا خصوصا فى آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه (قوله

الحيض والحبل وأما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض أو الحبل فالافضل أن يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر كذا فى المحيط (قوله لكن تكثر من وجه آخر) فان قيل تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو أن الاصل فى الطلاق الحظر لما مر فحرم عدم الفصل بين وطئه وطلاقها كما فى ذوات الحيض * قلنا الطهر زمان الرغبة فلما عارضه فتور الرغبة بالجماع تساويا فترجحت

وهوان الاصل فى الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له فى ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق أصلا أو لا يتكرر كما تقدم وانما المدخل

قال المصنف (ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها الخ) أقول قد سبق فى باب المهر انه تجب العدة فى الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة فى التى تحيض أولا لتوهم الشغل قال المصنف (لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) أقول قال ابن الهمام هذا تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر فى العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها فتصبر الى أمر الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها اهـ وسنح هذا للخاطر الفاتر قبل النظر الى هذا المقام من الشرح ثم قال الشارح والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه

فكان

(قوله وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق الخ) أقول مستعينا بالله تعالى تأثير ذلك الاصل ان لا يقع الطلاق الا حيث يوجد دليل الحاجة اليه فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلابد من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر والاولى أن يحمل قوله والرغبة وان كانت تفتر الخ على منع وجود الرغبة فيه فانها وان انتفت من الجهة التى ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليتأمل

فى ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفى الحكم الشرعى الدائر على الدليل وهو الفصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن ففى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض والشهر فى حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكما ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما أبيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصى عن حقوق الزوجية والشهر دليل

فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد) وزفر (لا يطلقها للسنة الا واحدة) لان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم فى حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها فى كل زمان ولا يرجى مع الحبل

وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة) ان اعتبر حاظرا ولانه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق لانه اتفق انها قد حبلت أحبه أو سخطه فبقى آمنا من غيره فيرغب فيه لذلك أو لمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة فى الوطء لكل من الامرين (قوله ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة) وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصرى (ولان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع باحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة فى ذوات الحيض) وورد باقامة الاشهر مقام الحيض فى الصغيرة والآيسة فصح الالحاق فى تفريقها على الاشهر (والشهر فى حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها) وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر فكذا الحامل وقول محمد رحمه الله قول الائمة الثلاثة (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة) وقدمنا أنها لا تنتفى مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم والتفريق على أوقات الرغبة وهى الاطهار التى تلى الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس الا الحيض لانها العدة لا الاطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط دلالته كونه فى زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة الا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الاطهار وجعل الايقاع أول كل طهر جائزا علمنا انه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان الى مثله من أول طهر يليه وذلك فى الغالب شهر فادرنا الاباحة على الشهر وعلى

جهة الرغبة بعد تعارضهما لكون الوطء غير معلق * أو نقول تعارض الفتور بالجماع مع الرغبة المعينة وهى الرغبة فى وطء غير معلق فبقى نفس الرغبة باعتبار أن الزمان زمان الطهر وذلك لان انتفاء المعين لا يوجب انتفاء المطلق فنفس الرغبة كافية لنفى الكراهة لصلاحيتها دليل الحاجة (قوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) وهى الاشهر أو الحيض والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها (قوله يرجى مع الحبل)

الحاجة كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا أى كون الشهر دليلا فى حق الحامل كما فى حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة (والحكم يدار على دليلها) فاذا وجد وجد ما أبيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله (بخلاف الممتد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بان هنالك لا يصلح الشهر أن يكون علما لان العلم على الحاجة فى حقها الطهر أى تجدده وهو موجود فيها فى كل زمان لانه يمكن أن تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض

(قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول اذا سقطت جهة الرغبة واباحة الطلاق كان الاقدام عليه فى زمان تجددها لا يباح الطلاق فيه وهو معنى وجوب الفصل (قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن ففى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض) أقول قال ابن العميد الاتقانى والاصح عندى مذهب محمد لان الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة فى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهنا فى مدة الحبل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الاشهر فلهذا يقدر استبراء الحبل بوضع الحمل لا بالشهر اهـ قال المصنف (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها) أقول لا يقال هذا يخالف لما مر فى الدرس السابق من ان دليلها هو الاقدام عليه فى زمان تجدد الرغبة لان الظاهر ان الاسناد مجازى

قال (واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ماذكرنا
يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها فتقل

(واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ماذكرناه فلا ينعدم مشروعيته (ويستحب له أن يراجعها) لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح أنه واجب عملا بحقيقة الامر

هذا فالتفريق على الاشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لاقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالاثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لانها محل النص على تعلق جواز الايقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا التقرير يسقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن لما بيناه من الغاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة الى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الاقراء وانما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنه المتقدم أن من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع وهذا لان لزوم التفريق طريقه ان مفهوم طلقوهن أوجدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عموما من عموم طلاقهن لانه جنس مضاف وكذا عدتهن فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن وجمعه بفم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الاطهار أو ما يقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لان الفعل انما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أوجدوا طلاقا عليهن لعدتهن أي لاستقبالها وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص انما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة اليها اتفق انه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك وان لم يتفق ان نسبته بالثلث وعلى هذا يقوى بحث شمس الائمة ان الشهر من فصول عدة الحامل غير انا لا نعلق به اباحة الايقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان (قوله واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) خلافا لما قدمنا النقل عنهم من الامامية ونقل أيضا عن اسمعيل بن علية من المحدثين وهذا (لان النهي عنه لمعنى في غيره) يعني أن النهي الثابت ضمن الامر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالامر في قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك الله وقوله وهو ماذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الايقاع عاص باجماع الفقهاء (ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافي الوقوع (والحث على الرجعة والاستحباب المذكور انما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد رحمه الله في الاصل وينبغي له ان يراجعها فانه لا يستعمل في الوجوب (والاصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملا بحقيقة الامر) فان حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم واعلم أن قول الشافعية ان لفظ الامر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق الندب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب اذ لا يلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فاذا لم يتعين يثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب وأما عندنا فمسمى الامر الصيغة الموجبة كما أن الصيغة حقيقة في

أي لا يرجى تجدد الطهر مع الحبل لان الحيض غير ممكن فلا يمكن الطهر (قوله وهو ماذكرنا) اشارة الى قوله لان المحرم تطويل العدة عليها الا الطلاق (قوله عملا بحقيقة الامر) وهو قوله عليه السلام لعمر

صاحب النهاية من شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أي لأطهار عدتهن أو الامر المذكور في قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها لما انه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعه في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الاصول وأما الاستحباب فلقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد كان طلقها في حالة الحيض (وهذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارته قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه ان أدنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب على الانسان فيما هو حقه (والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر) قيل الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك

(قوله وهو ماذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة) أقول ولعل الاولى ان يقال يعني من كونه و رفعا
زمان النفرة فان المصنف علل به عدم جوازه في زمان الحيض كما مر قبيل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين المراد بالنهي الخ) أقول يعني تاج الشريعة (قوله بقرينة ان الرجعة حق له) أقول بل حق لله تعالى فان الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده

ولادلالة في ذلك على الوجوب على ابنه وأجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره

ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال (فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها قال وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الاولى قال أبو الحسن) الكرخي (ماذكره قول أبي حنيفة وماذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل ووجه القول الآخر ان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مر ابنك على وجوبين صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه والقائلون بالاستحباب ههنا انما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب أن ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الامر بقاء ما هو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد أن ماذكر القدوري عن الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان محمدا في الاصل انما قال لفظا يدل على الاستحباب ومرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية اما التأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض (قوله واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة أخرى راجعها وذكر الطحاوي انه له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي ماذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وماذكره في الاصل قولهما والظاهر أن ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب أبي حنيفة الا أن يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد وماذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (وجه المذكور في الاصل) وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له أن يطلقها فيطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ماذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا رواه مسلم

رضي الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها * لا يقال بهذا الامر يثبت الوجوب على عمر بان يأمر ابنه بالمراجعة فكيف تثبت المراجعة بقول عمر رضي الله عنه * لانا نقول فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي عليه السلام أمر فيثبت به الوجوب (قوله ورفعا للمعصية بالقدر الممكن) المعصية الايقاع ولا يمكن رفعه فيرفع أثره حتى لا تبين بطلاق محظور (قوله وجه المذكور في الاصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة) فان قيل هذا خلاف النص لان النص وهو قوله عليه السلام ان من السنة أن يستقبل الطهر استقبالا وهو غير متعرض طهر اطلقها في الحيض الذي قبله أو لم يطلقها فيه * قلنا الطهر مع الحيض المتصل به فصل واحد من فصول العدة والطلاق في الحيض كالطلاق في الطهر المتصل به فلو طلقها في الطهر حقيقة لم يكن له أن يطلقها في ذلك الطهر ثانيا على وجه السنة فكذلك اذا طلقها في الحيض المتصل به * وروي في بعض الروايات أنه عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها ثم ليدعها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ثم يطلقها وفسر الطلاق السني في الزيادات بان يطلقها في طهر خال عن الجماع والطلاق

بذلك فثبت الوجوب ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة وقوله (ورفعا للمعصية) معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع أثره أي أثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله (قال) يعني القدوري (فاذا طهرت) يعني بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) قال المصنف (وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة) ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ماذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وماذكره في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليرجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا

الى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر

(قوله ومن قال لامرأته) اعلم ان من قال لمدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة فاما أن تكون من ذوات الاقراء أو الاشهر وكل واحد منهما على وجهين اما أن يذكر ذلك ولا نية له أو نوى شيأ فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر وكذا رأس كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشئ لا يراد به ولنا ان اللام فيه أي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه (وان نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى) سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا أنه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث أن وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله

وأصحاب السنن والاولى أولى لانها أكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية وأقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال يمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة أو ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب اذا تؤمل فعلى هذا اذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزأ اي ليس لجزئها حكم في الشرع والاولى أن يقول ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا يتصور حيضة الا الثانية فالغا بعض الاولى ووجه ماذكره الطحاوي ان أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ماعن أبي حنيفة أنه اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع مالو أخذ بدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع الا الاولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى أبي حنيفة انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس أما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر له أن يطلقها الان العدة الاولى سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وطهر الحبل هذا في تخلل الرجعة فاما لو تخلل النكاح بان كان الاول بائنا فقيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا والاوجه أنه على اختلاف الرواية عنه (قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) فان نوى ذلك فاظهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر

(قوله وان نوى أن تقع الثلاث الساعة) وقعت عندنا لما قلنا وهو أنه محتمل لفظه لانه سني وقوعه من حيث أن وقوعه بالسنة لما روى أنه عليه السلام قال من طلق امرأته ألفا بانت بثلاث والباقي رد عليه * فان قيل لما كانت اللام هنا للوقت كان تقدير كلامه أنت طالق ثلاثا أوقات السنة فلو قال هكذا ثم نوى ايقاع الثلاث جملة الساعة لا يصح بل يقع متفرقا في ثلاثة أطهار فيجب أن يكون ههنا كذلك * قلنا الفرق بينهما أن اللام

فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ماروي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من طلق امرأته ألفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك

(قوله فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر) أقول وان نوى ذلك كان أظهر قال المصنف (لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه) أقول قال ابن الهمام وجه المسئلة على ماهو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار لتقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فمؤداه ثلاثا في وقت السنة و يصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ماقررنا اه ولك أن تقول وقت السنة للطلاق الثالث ثلاثة أطهار لا جماع فيها وذلك مآل ماقال المصنف فليتامل (قوله فاذا صح الوقوع صح الايقاع الخ) أقول فيه بحث مطلق

أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر) ولم تكن له نية

مطلق كلامه و ينتظمه عند نيته (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة و بعد شهر أخرى و بعد شهر أخرى) لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على مابينا (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على

أخرى وان كان جامعها لم يقع شئ حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لانه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر يأتي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا ثم لا يقع شئ الا أن يتزوجها مرة أخرى فتقع الثانية فان تزوجها أيضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ماهو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار لتقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فمؤداه ثلاث في وقت السنة و يصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ماقررنا وأما لو صرفه عن هذا بنيته فاراد الثلاث فانه يصح خلافا لزفر قال فانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا أي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث بخلاف مالو صرح بالاوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ أوقات وكذا اذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لان رأس الشهر اما أن يكون زمان حيضها أو طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنيته الثلاث عند رأس كل شهر مع العلم بان رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا معا أو أحدهما (قوله وان كانت) أي امرأته أي التي قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الاشهر) التي هي فصول العدة عندهم فيتنا ول الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقعت للساعة واحدة و بعد كل شهر أخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على مابينا) من أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (قوله وان نوى أن تقع الساعة ثلاثا وقعن عندنا) خلافا لزفر (لما قلنا) من أنه سني وقوعا فيصح منويا ولقائل أن يقول ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لان هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلاث في الوقوع كما لومسها بشهوة وقال أنت طالق ثلاثا للسنة على مامر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب أن لا ينحصر حل طلاقها ثلاثا بطلقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته أن يكون أولى و ينعطف بهذا البحث على ماتقدم أيضا (قوله بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة الخ) اذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر

ليس بصريح في الوقت بل يحتمله فيترجح جانب الوقت بذكر السنة ومطلق السنة ينصرف الى الكامل وهو السنة وقوعا وايقاعا فلذلك انصرف اليه عند عدم النية وأما جانب احتمال أن لا يكون اللام للوقت فباق فيترجح عند نيته أن تقع جملة فكان ذكر السنة منصرفا الى نيته وقوعا وأما عند التصريح بالوقت لم يحتمل غير وقت السنة فانصرف لذلك الى وقت السنة كاملا وهو أن يكون وقوعا وايقاعا وهو انما يكون عند التفريق على الاطهار (قوله فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت) لان عموم الوقت في الحال محال والثلاث انما تثبت

(وقعت الساعة واحدة و بعد شهر أخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة) على مابينا قبل هذا ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) انه سني وقوعا واذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ان كانت طاهرة لم يجامعها وقع في الحال وان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله أنت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك وان نوى ثلاثا جملة قال المصنف لا تصح قيل هكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الدين السمرقندي لان نية الثلاث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة

قال المصنف (و ينتظمه عند نيته) أقول قال ابن الهمام و يكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث انتهى وعلى تقرير الشارح أكمل الدين اللام للوقت على كل حال (قوله أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة الخ) أقول يعني أن

قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان البدعية والسنية فان تكلم بهذا الكلام يقصد ايقاع الثلاث جملة بدعة وحرام واتصافه بكونه ايقاعا للثلاث سني عرف بالسنة والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول اذا لم ينو ذلك

مقيدا فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام ان نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها فى طهر لا جماع فيه والحسن أن يطلق الثلاث فى ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعى التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة أو طلاقا للسنة كذا فى بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على التفريق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان فى الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء فى العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة والله أعلم

(قوله فيفيد تعميم الوقت) أقول يعنى اذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف) أقول فيه ان زيدا مثلا موجود اليوم واليوم الذى قبله وهكذا فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر (قوله وفيه نظر لانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء) أقول ان شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الاصول وانظر مباحث الاقتضاء قال المصنف (ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول قال الاتقانى ولنا فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ألا يرى انه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع الا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى ولك أن تقول وزان ما ذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد اذا لم تكن له نية بخلاف قولنا أنت طالق للسنة فانه يفيد اختصاص الطلاق لاوقات السنة اذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لا يختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على المتجدد فاللام فى قوله تعميم الوقت للعهد يعنى وقت السنة ومن ضرورة تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتأمل

(فصل)

الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث

ثلاثا وقعت واحدة فى الحال ان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها أو حائضا لم يقع شئ حتى تطهر فتقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص أى الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلاثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى فى أوقات طلاق السنة ومن ضرورة وقوع الطلاق فى كل وقت منها وهى متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه فذهب المصنف وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى أنه لا يصح وانما يقع به واحدة فى الحال وذهب القاضى أبو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الاطهار لان للسنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحققه بعضهم بان التطليقة المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف و بدعى وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن أحدهما بالنهى فايهما نواه صح فاذا نوى البدعى صح لانه محتمل كلامه ومختار المصنف أوجه لان مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مفيدة للعموم وما وقع الثلاث الا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لان مجرد طالق لا تصح فيه نية الثلاث على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فاذا فقد تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلاث فلا تعمل نية جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعى فايهما نواه صح ان أرادوا أنه اذا نوى الطلاق العام الذى هو أحد القسمين صح منعناه لان طالقا لا يراد به الثلاث أصلا بلا خلاف فى المذهب على ما سيأتى لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان أرادوا أنه اذا نوى فردا من الطلاق البدعى أو المستحب صح فسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر اعترض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الاوقات يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على أنه اذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سيعرف من أنها بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم وكذا بطلاق فى وقت من أوقات السنة تصير به طالقا فى جميع أوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم تكن له نية وقد ذكرنا أنه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية ولو نوى فيه تجدد الواقع فى الايام عملت نيته فيقع الثلاث فى ثلاثة أيام نعم هذا يصلح اشكالا على صحة وقوع الثلاث مفرقا على الاطهار فى هذه المسئلة ومفرقا على الايام فى المسئلة المورودة بناء على ما ذكرنا من أن طالقا لا يقبل التعميم وللسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم

فى ضمن عموم الوقت فاذا بطل المتضمن وهو قوله للسنة بقى قوله أنت طالق وفيه لا تصح نية الثلاث فاما اذا نص على الثلاث و بطل قوله للسنة بنية الثلاث فى الساعة بقى قوله أنت طالق ثلاثا فتقع الثلاث * وفى الشافى وفى الاصل تصح لان بنيته لا تبطل دلالة اللفظ على العدد فعند النية يصير المحتمل كالملفوظ والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبى والمجنون والنائم) لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

تعميم الواقع فى العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب أنها طالق فى جميع أوقات السنة المستقبلة وفى كل الايام فلم يوجب تعميم طالق فى عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته وسنذكر ماذكر من وجه تصحيحه فى فصل اضافة الطلاق ان شاء الله تعالى *(فروع)* ألفاظ طلاق السنة على ما روى بشر عن أبى يوسف للسنة وفى السنة وعلى السنة وطلاق سنة وللعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام وأحسن الطلاق واجمله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا فى المأمور به ولو قال طالق فى كتاب الله أو بكتاب الله أو معه فان نوى طلاق السنة وقع فى أوقاتها والا وقع فى الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء فان نوى السنة دين وفى القضاء يقع فى الحال لان قول القضاة والفقهاء يقتضى الامرين فاذا خصص دين ولا يسمع فى القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية أو سنية وقع عند أبى يوسف للسنة ولو قال حسنة أو جميلة وقع فى الحال وقال محمد فى الجامع الكبير وقع فى الحال فى كلها لان هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع فى الحال واعتبر أبو يوسف الغالب وباقى هذا الفصل تشبيه الطلاق ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث فى الحال يقع لانها محتمل كلامه وكذا الواحدة فى الحيض والطهر الذى فيه جماع وان لم تكن له نية فان كان فى طهر فيه جماع أو فى حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت فى طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها فى ذلك الطهر

(فصل) (قوله ولا يقع طلاق الصبى) وان كان يعقل (والمجنون والنائم) والمعتوه كالمجنون قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدى الى ان لا يحكم بالعته على أحد والاول أولى وما قيل من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون) والذى فى سنن الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وضعفه وروى ابن أبى شيبة بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما لا يجوز طلاق الصبى والمجنون وروى أيضا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخارى أيضا عن على رضى الله عنه والمراد بالجواز هنا النفاذ وروى البخارى أيضا عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له أهلية التصرف وأدناها بالعقل والبلوغ

(فصل) (قوله ويقع طلاق كل زوج) ولا ينتقض هذا بالحاق البائن لان ذلك اثبات الثابت حتى لو كان صريحا يقع ولانه لم يقل كل طلاق كل زوج بل قال يقع طلاق كل زوج وطلاق هذا الزوج مما يقع فى الجملة بدليل وقوعه قبل ثبوت البينونة ولانه ليس بزوج مطلقا (قوله لقوله عليه السلام كل طلاق جائز) المراد من الجواز هنا النفاذ كما فى البيع وغيره ونفاذه انما يكون بالوقوع ولم يرد بالجواز ضد الحرمة لانه قال الا طلاق الصبى والمجنون وفعلهما فيما يرجع الى المعاملات لا يوصف بالحرمة لانه لا يجرى القلم عليهما بكتبة السيئة والحرمة باعتبارها فكان الجواز محمولا على النفاذ وذلك بالوقوع (قوله وهما عديما العقل) فان

(فصل) لما ذكر طلاق السنة لانه الاصل اذ كر ما يقابله من طلاق البدعة شرع فى بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبى والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون)

(فصل) قال المصنف

(وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لايجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي

خصوصا ماهو دائر بين الضرر والنفع خصوصا مالايحل الالانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ماهو حسن لذاته بحيث لايقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لايعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لايبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبعد مانقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر رضي الله عنهما جواز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام أحمد والله أعلم بصحة هذه النقول (قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبي والنخعي والثوري (خلافا للشافعي) وبقوله قال مالك وأحمد فيما اذا كان الاكراه بغير حق لايصح طلاقه ولاخلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لايجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لاتأثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولاعموم له ولايجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والاعم وروى محمد باسناده عن صفوان بن عمرو الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا والاذبحتك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فساله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لاقيلولة في الطلاق وروى أيضا عن عمر رضي الله عنه انه قال أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة وأما الوجه القائل ان الاكراه لايزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ماحل أو وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظا ولايلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ماتقدم وجميع مايثبت مع الاكراه أحكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعتها ليسهل حفظها في قولي

يصح مع الاكراه عتق ورجعة * نكاح وايلاء طلاق مفارق

قيل هذا في المجنون مسلم وأما الصبي فيوصف بالعقل فيقال يصح اسلام الصبي العاقل * قلنا لما لم يعتدل عقله بالبلوغ كان طرف العدم ثابتا بعد لقيام الصبي خصوصا فيما يضره وهذا لان اعتبار القصد يبتني على الخطاب ومبنى الخطاب على اعتدال الحال ولكن قدر ذلك العقل وان لم يعتدل فصلح لتحقق ماهو حسن لعينه بحيث لايحتمل القبح كالايمان وتحقق ماهو قبيح لعينه بحيث لايحتمل الحسن كالردة لانهما لايحتملان الرد بعد تحققهما بحدهما المايجيء ان شاء الله تعالى والعاقل من يستقيم كلامه وأفعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعتوه من يختلط كلامه وأفعاله فيكون هذا غالبا مرة وذا غالبا مرة (قوله هو يقول ان الاكراه لايجامع الاختيار) وهذا لان المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لاعين مايتكلم به وهو مضطر الى هذا القصد والاختيار مفسد فيفسد قصده شرعا ألا ترى أنه لو أكره على الاقرار بالطلاق يلغو اقراره بخلاف الهازل

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لايوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الاطلاق الصبي والمجنون ولان أهلية التصرف بالعقل المميز ولاعقل للصبي والمجنون أما المجنون فظاهر وأما الصبي فلأن المراد به ماهو المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيماله فيه مضرة (والنائم عديم الاختيار) في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لايجامع الاختيار) لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار (بخلاف الهازل فانه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى أن المعتبر ذلك ألا ترى ان من أراد أن يقول لامرأته اسقني فقال أنت طالق وقع وان لم يكن مختار الحكمه لكونه مختارا في التكلم (ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على

رأسه دليل على أنه كاذب فيه والمخبر عنه اذ كان كذبا فبالاخبار عنه لايصير صدقا وقوله في حال أهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقريرحجته أن المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد الاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لايعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل أو الجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها

بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل (وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي

وفيء ظهار واليمين ونذره * وعفو لقتل شاب عنه مفارق

وهذا في الاكراه على غير الاسلام والافبالاكراه على الاسلام تتم أحد عشر لان الاسلام يصح معه (قوله وطلاق السكران واقع) وكذا عتاقه وخلعه وهو من لايعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل مايقوم به التكليف فهو كالصاحي ومافي بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهبا لاصحابنا لانه اذا قال نويت به أوذكر كناية من الكنايات مثل أنت حرة فيجب أن يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات ان يصير بحال بحيث يحسن مايستقبحه الناس أو يستقبح مايستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح وأحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وأبوثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان أقل مايصح التصرف معه وان كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك وهو أسوأ حالا من النائم لانه اذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له والا لصحت ردته ولاتصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام

لانه مختار في السبب أي في التكلم بالطلاق (قوله ولنا أنه قصد ايقاع الطلاق) هذا احتراز عن الاقرار بالطلاق مكرها فانه يلغو لان الاقرار خبر محتمل بين الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لايصير صدقا (قوله في حال أهليته) احتراز عن الصبي والمجنون (قوله فلا يعرى عن قضيته) أي حكمه (قوله وهذا لانه عرف الشرين فاختار أهونهما) هذا جواب عن قوله

وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود وأما هنا فانعدام الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره أجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلا فكان اختيار الهازل أيضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين

(ولنا انه قصد ايقاع الطلاق) أقول أي قصد التكلم بما هو موضوع لايقاع الطلاق كذا قيل وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة الخ) أقول وأيضا لو أريد ذلك لكان الطلاق البدعي حلالا وليس كذلك (قوله والمخبر عنه اذا كان كذبا) أقول أي غير واقع (قوله لايصير صدقا) أقول أي واقعا (قوله اذ العلة فيه) أقول أي في الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول أي من تلك الجهة

فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزا (وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي عدمه) والوجه من الجانبين على ماذكر في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم وأطلق الزوال مجاراة للخصم لم يضره ذلك واعترض بوجهين أحدهما ان شرب المسكر كسفر

للعصية فبالسفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجراله كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة أولى لان الزجر والعقوبة هنالك أتم وأجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة اباحته تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب وأما الاقرار بالحدود فان السكران لايكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقربه فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا وأما غيره فهو أن يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا أكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق وأ كذلك

عما

والطحاوي انه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجراله

لفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه قادر عليه واعتبرنا أقواله وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فافتى المزني بحرمتها وافتى أسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شانها فيهم فلما ظهر من أمرها من الفساد كثير وفشا عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييز الرجل من المرأة والعجب ممن صرح به في بعض العبارات من ان معنى العقل ما يقوم به التكليف اذ لاشك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبدلالات النصوص والاجماع فانه لما ألحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحدود والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف وقتل فلأن يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق أولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجبه راجعا

ان الاكراه لا يجامع الاختيار وهذا لان ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بالنفاذ كما في الطائع ولا خفاء في المحلية والولاية الشرعية وكذا في الاهلية لان الاهلية تكون بالعقل والقصد الصحيح والاختيار وقد وجد العقل وكذا القصد والاختيار لان بالاكراه لا يفوت القصد الصحيح فالمكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا لعينه فهو كالهازل يقصد الى التكلم بالطلاق اللعب لا لعينه والهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذا الاكراه وللمكره اختيار صحيح لانه عرف الشرين من الهلاك والطلاق فاختار أهونهما وهو الطلاق وهذا دليل صحة قصده واختياره الا أن الرضا فائت وفواته لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل فان قيل الاختيار في المكره ناقص لانه يشوبه نوع اضطرار في التكلم به بخلاف الهازل قلنا القصد والاختيار أمر مبطن فيدار الحكم بوقوع الطلاق على اجرائه الكلمة التي يقع بها الطلاق على لسانه غاية ما في الباب أنه لولا الاكراه لما طلق ولكن هذا القدر من النقصان في الاختيار غير مخل كما اذا كان الحامل له على الطلاق أمرا آخر من سوء خلقها أو قبح فعلها فانهما لا يفارقان في أن تطليقها للمفسدة الراجحة في بقاء النكاح لكن المفسدة الراجحة ههنا قبل المكره اياه لولا التطليق وثمة أمر آخر (قوله فصار كزواله بالبنج) في مسئلة البنج تفصيل فانه ذكر عبد العزيز الترمذي رحمه الله سألت أبا حنيفة رحمة الله تعالى عليه وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم أنه ما هو تطلق امرأته وان كان حين شرب لم يعلم أنه ما هو لا تطلق امرأته ولو شرب من الاشربة التي تتخذ من الحبوب أو من العسل أو من الشهد وسكر وطلق امرأته لا يقع طلاقه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله * وذكر في المبسوط وجتنا مارو ينا كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان السكران

(قوله ليس فيه امكان انفصال) أقول يعني نظرا الى نفسه وان كان الانفصال نظرا الى الاكراه وحالة الاضطرار لا يضر ذلك بخلاف السفر فانه نظرا الى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية انما هو بالنظر الى الغير (قوله وأما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقربه الخ) أقول اذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زجرا له فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعا فان ذلك ليس بمناسب للزجر

عما أقر به عقيبه وعدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو أثبتناه في أصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب اكفاره التشديد فيما يوجبه ولان الاكفار والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه أيضا لا يعتقد ما قاله من الكفر هزلا والواقع اكفاره لانا نقول اكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زائل العقل لا يوصف بانه مستخف بشيء وفي جمل الفقه لان ابقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة قصدا ينبغي أن نقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة مبيحة فكان محمل هذا ما قلنا وعن ذلك قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة أعني الصداع للقطع بان أثرها لا يصل الى المعلول الاخير ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا لو شربها مكرها أو لاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلاثة وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول أحسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف

مخاطب فاذا صادف تصرفه محله يعتد كالصاحي وبيان أنه مخاطب أن الله تعالى قال يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى فهذا ان كان خطابا له في حال سكره فظاهر وكذا ان كان خطابا له قبل سكره لانه لا يقال للعاقل اذا جننت فلا تفعل كذا ولان الخطاب انما يتوجه باعتدال الحال وذا باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا وبالسكر لم يزل هذا المعنى وغفلته عن نفسه بسبب هو معصية فلا يستحق به التخفيف ولم يكن ذلك عذرا في المنع من نفوذ شيء من تصرفاته بعدما تقرر سببه لان بالسكر لا يزول عقله ولكن يعجز عن استعماله لغلبة السرور عليه ولئن زال فهو حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في اسقاط ما بني على التكليف بل يجعل باقيا حكما زجرا وتنكيلا ألا ترى أنه ألحق بالصاحي في حق وجوب القصاص والحد حتى لو قتل انسانا أو قذفه في هذه الحالة يجب عليه الحد والقصاص فلان يلحق بالصاحي فيما لا يسقط بالشبهة أولى بخلاف البنج فان غفلته ليست بسبب هو معصية وما يعتريه نوع مرض فلا يكون سكرا حقيقة وكان كالاغماء * وجعل الامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله السكر على نوعين مباح ومحظور ثم رتب هذه الاحكام وهي وقوع الطلاق والعتاق على السكر المحظور دون المباح وجعل السكر من المباح بمنزلة الاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق * ثم قال أما السكر المباح فمثل من أكره على شرب الخمر بالقتل فانه يحل له ذلك وكذلك المضطر اذا شرب منها ما يرد به العطش فسكر به * وأما السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم * وذكر الامام أبو الفضل الكرماني رحمه الله في الايضاح ولو أكره على الشرب أو شرب الخمر عند الضرورة فسكر فان طلاقه واقع لان زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الاصل فان حظر الفعل وان زال بعارض الاكراه لكن السبب الداعي الى الحظر قائم فاثر قيام السبب في حق الطلاق * فان قيل زوال العقل اذا كان بسبب المعصية جعل العقل باقيا زجرا له فلم لم يجعل الاقامة باقية في حق المسافر العاصي حتى لا يترخص برخصة المسافر زجرا له * قلنا الرخصة متعلقة

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه (وطلاق الاخرس واقع بالاشارة) لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه فى آخر الكتاب ان شاء الله تعالى (وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعى عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية فى الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر

والحاصل ان السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والاشربة الاربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عباراته وأما من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد ويفتى بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) فى الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أولا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك أدى الى موته جوعا وعطشا وعريا ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه فى العبادات ألا ترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا فى المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى أن المراد من الاشارة التى يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما أجمله الاخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح فى الكتاب سواء وسنفصله ان شاء الله تعالى موصولا بكنايات الطلاق (قوله وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعى عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فان كان الزوج عبدا وهى حرة حرمت عليه بتطليقتين وان كان حرا وهى أمة لا تحرم عليه الا بثلاث ونقل أن الشافعى لما قال عيسى بن أبان له أيها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلاثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت أوقع أخرى فلما أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة وبقول الشافعى قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وبقولنا قال الثورى وهو مذهب على وابن مسعود رضى الله عنهما له ما روى عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما

بالسفر ولا معصية فيه فلا يجعل فى حكم العدم لمعنى جاوره وهو خبث باطنه وهذا لان زوال الاقامة ليس بالمعصية ليجعل الاقامة باقية حكما زجرا له وههنا زوال العقل بالمعصية فيجعل باقيا تقديرا زجرا له (قوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول أنه لا يقع طلاقه) فان قيل الصداع حصل بالخمر فيضاف السكر اليها بواسطته كما فى شراء القريب قلنا الخمر ليست بموضوعة للصداع والشراء موضوع للملك فافترقا (قوله وطلاق الامة ثنتان) وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما * وما قاله الشافعى رحمه الله قول عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما * وأما عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فيعتبر بمن رق منهما حتى لا يملك عليها ثلاث تطليقات الا اذا كانا حرين كذا فى المبسوط (قوله لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء) فوجه التمسك به أن النبى عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء بالاجماع من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة (قوله ومعنى الآدمية فى الحر أكمل) بدليل شهادة الاحكام لان الحر يصلح للقضاء والشهادة والولاية واذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج لانه هو المالك والمالكية من معنى الآدمية أيضا وذلك فيما قلته بانه يملك الثلاث اذا كان حرا ويملك الثنتين اذا كان عبدا * ولنا قوله عليه

ولنا

بقوله (حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه) لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع أثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك وأجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر فى عدم الوقوع كما اذا جن وقوله (وطلاق الاخرس واقع) ظاهر وقوله (وطلاق الامة ثنتان) أنث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا بنى آدم الآية ومعنى الآدمية فى الحر أكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ولخلوصه عن معنى المالية التى تجعل المملوك فى قرن البهائم ملزوزا (فكانت مالكيته أبلغ)

فان قلت الدليل أخص من المدعى لان المدعى لان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا لثلاث اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) و وجه الاستدلال أنه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضى أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس فان قيل يجوز أن يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين أجيب بانه يفضى الى أن يكون الهاء فى وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالامة الامة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابة لا تجدى فى مقام الاستدلال (ولان حل المحلية) أى حل أن تكون المرأة محل النكاح نعمة فى حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة فى

ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة فى حقها

واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فانه حينئذ أنسب من أن يراد به الايقاع بالرجال ولانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وفى موطا مالك أن نفيعا مكاتبا كان لام سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فامره أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث أو حسنه ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزى هو موقوف على ابن عباس وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابى والالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقته نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده الملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا اذا كان ما نقض به مما يعتقده صحيحا وهو منتف عنده فى مذهب الصحابى فهو فى مذهبه وفى معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما رويناه فان قلت قد ضعف أيضا مظاهر ويتم بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم وثانيا بأن ذلك التضعيف ضعيف فان ابن عدى أخرج له حديثا آخر عن المقبرى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ عشر آيات فى كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبرانى ثم منهم من ضعفه عن أبى عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبى حاتم والبخارى تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمى مشايخنا بجرح فاذن ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه وقال الترمذى عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفى الدارقطنى قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغنى عن صحة سنده انتهى والله أعلم (قوله ولان حل المحلية نعمة) تزيد بزيادته ولذا اتسع حله صلى

السلام طلاق الامة ثنتان ذكرها محلاة بالالف واللام فيتناول الجنس فيكون طلاق الامة التى تحت حر ثنتين (قوله ولان حل المحلية نعمة) هذا رد لتعليل الخصم فى موضع الاثبات فانه يقول حل المحلية اشارة الى تمهيد المحل لاثبات الملك فيه بالعقد وذلك ليس من الكرامة بل هو مشعر بنقصان حال المحل فلم يؤثر رقها فى تنصيف الحل وانا نقول الحل نعمة وكرامة من الجانبين جميعا قال الله تعالى لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن فسوى بينهما فى موضع النفى فكذا فى موضع الاثبات وهذا لان عقد النكاح من باب المصالح وضعا من الجانبين فثبوت الملك عليها ما كان مقصودا ولكن لتحقيق ما هو المقصود وهو حل المحلية ألا ترى أن من كان أبعد عن الاسلام لم يثبت فى حقه حل المحلية كالمجوسية وتأويل ما روى وهو قوله الطلاق بالرجال قيل انه كلام زيد لا يثبت مرفوعا الى رسول الله عليه السلام * وأما قوله ومعنى الآدمية فى الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر * قلنا ان الحر يثبت مرة باحوال المالك مع قيام أصل الملك كما فى

ان حال العبد علم من قوله ومعنى الآدمية فى الحر أكمل فكان مالكيته أبلغ وأكثر فان الافعل يقتضى التشريك فى أصل الفعل (قوله لكان لبعض الاماء) أقول يعنى لا يكون لكل الاماء (قوله أجيب بانه يفضى الى قوله فيكون تخصيصا لها الخ) أقول مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقا وعند الشافعية أيضا اذا كان فى مقابلة المنطوق وهنا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم العدة بالنساء (قوله والجواب ان ذلك خطابة) أقول أى ما ذكره الخصم فى وجه الاستدلال من أنه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة

(قوله فان قلت الدليل أخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا الخ) أقول فيه

تحقها ينتصف بالرق فان للرق أثرا فى تنصيف النعم فى الرجال فان العبد لا يملك من التزوج مافوق الاثنتين فكذا فى حق النساء فانها لا تتزوج
مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضى أن لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا أى طلقة ونصف طلقة تنقيصا للحل المحاية (الا

وللرق أثر فى تنصيف النعم الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان وتأويل ماروى ان الايقاع بالرجال
(واذا تزوج العبد امرأة) باذن مولاه وطلقها (وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لان ملك النكاح
حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

(باب ايقاع الطلاق)

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعى)

الله عليه وسلم عند زيادة فضله (والرق أثر فى تنصيف النعمة) فى الشرع كما عرف (الا أن العقدة لا تتجزأ
فتكاملت عقدتان) يعنى يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه اياها لكن العقدة
لا تتجزأ فكملت كالطلقة والحيضة فى حقها ثم لو تم أمر ماروا ه كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانه
لو كان احتمال اللفظ مساويا بالتأبد بما رويناه فكيف وهو المتبادر الى الفهم من ذلك اللفظ كما هو فى قولهم
الملك بالرجال (قوله واذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك
النكاح يثبت للعبد) لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية الا أنه يحتاج فى
ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه لم يشرع بلا مال فى حق الابتداء والبقاء فى حق النفقة وتعلق الدين بالعبد
يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هى فيه وفى ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه
حتى ثبت له الملك كان اليه دفعه لا الى غيره وفى سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضى الله
عنهما جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال يارسول الله سيدى زوجنى أمته وهو يريد أن يفرق بينى
وبينها فصعد النبى صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن
يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق ورواه الدارقطنى أيضا من غيرها والله أعلم *(فرع)* الوكيل
بالطلاق اذا لم يكن بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فللوكيل أن يطلقها بعد
ذلك مادامت فى العدة واذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها
بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم
بالصواب

(باب ايقاع الطلاق)

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الاولية السنى والبدعى واعطاء لبعض أحكام تلك الكليات وهذا
الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات فان المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق
لاعطاء أحكامها هكذا أو مضافة الى بعض المرأة واعطاء حكم الكلى وتصوره قبل الجزئى منزل منزلة تفصيل
يعقب اجمالا فظهر ان المراد باب بيان أحكام ما به الايقاع والوقوع لأنه أراد المعنى المصدرى الذى لا تحقق
له خارجا (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهر الحمل يفيد ان لا صريح سوى ذلك وليس بمراد
فسيذكر منه التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لاشعار الكاف بعدم

الصبى والمجنون ومرة يثبت بمعنى فى المحل بان لا يقبل التصرف كالعصير يتخمر والعبد يأبق وههنا المرأة
محل هذا العقد فيقع الاختلال فى التصرف بسبب اختلال المحل لما أن حل المحل يختل بالرق على مامر (قوله
لان ملك النكاح حق العبد) وهذا لان النكاح من خواص الآدمية والعبد مبقى على أصل الحرية فيها
فعلى هذا يجب أن يملك العبد النكاح بدون اذن المولى لكن لو قلنا به يتضرر المولى فلذلك لم يملك بدون اذن
المولى والله تعالى أعلم بالصواب

(باب ايقاع الطلاق)

أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت
عقدتان) ومذهبنا قول
على وابن مسعود وقوله
(وتأويل ماروى) يعنى
قوله الطلاق بالرجال ان
الايقاع بالرجال فان قيل
هذا معلوم فلا يحتاج الى
ذكره خاصة أجيب بل
كان الى ذكره حاجة لان
المرأة فى الجاهلية اذا
كرهت الزوج غيرت البيت
وكان ذلك طلاقا منها فرفع
ذلك بقوله الطلاق بالرجال
(واذا تزوج العبد امرأة
وطلقها وقع الطلاق ولا يقع
طلاق مولاه على امرأته
لان ملك النكاح حق
العبد) لكونه من خواص
الآدمية والعبد يبقى فيها
على أصل الحرية فكان
يجب أن يملك النكاح بدون
اذن مولاه لكن لو قلنا به
تضرر المولى فيه فتركناه
لاجله

(باب ايقاع الطلاق)
لما فرغ من بيان أصل
الطلاق ووصفه شرع فى
بيان تنويعه فقال (الطلاق)
أى التطليق (على ضربين
صريح وكناية فالصريح
قوله أنت طالق ومطلقة
وطلقتك يقع بها طلاق
رجعى) لكون هذه
الالفاظ صريحة والصريح
يعقب الرجعة بالنص وهو
قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية وردبانه قال أحق لان
بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه وأجيب بان البعل فى اللغة اسم للزوج حقيقة وهى لا تترك الا بدليل

(باب ايقاع الطلاق) قال المصنف (ولا تستعمل فى غيره) أقول أى غالبا بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندفع التدافع بين كلاميه

لان هذه الالفاظ تستعمل فى الطلاق ولا تستعمل فى غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص (ولا
يفتقر الى النية) لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

الحصر وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بانه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفعيل لا الافعال الا أن يقال
الوقوع بالمصدر لتأوله بطالق (قوله فكان صريحا) فان ما غلب استعماله فى معنى بحيث يتبادر حقيقة
أو مجازا صريح فان لم يستعمل فى غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة فى هذه الالفاظ بقوله فكان
صريحا على الاستعمال فى معنى الطلاق دون غيره الا أن فى قوله فى تعليل عدم افتقارها الى النية لانه صريح
فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال فى غيره والغلبة فى مفهومها
الاستعمال فى الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية فى الصريح لفظى التسريح والفراق
لورودهما فى القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما فى العرف العام فى الطلاق لا استعمالهما شرعا
مرادا هو بهما (قوله وانه يعقب الرجعة) ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية
أما الاول فقيد بما اذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتى وقد يقال الصريح هو المقتصر
عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن بعد صريح
طلاقه المفاد بقوله تعالى والمطلقات يتربصن فعلم أن الصريح يستعقبها بالاجماع على أن المراد بالبعولة
فى الآية المطلقون صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا بعلا حقيقة
فلا حاجة الى اثباته فى ذلك وأما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ثم ايرادان حقيقة
الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا أوجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس
هو باولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب
زواله معلقا بتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع فى البيع الذى
فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضى المدة بفسخ السبب فى الحال
وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به بعد تأثير السبب كما فى رد المشترى المبيع بالعيب يعنى الى قديم
الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر على ان كونه فى الاول حقيقة مما يمنعه الخصم ويدل عليه أيضا
قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فانه أعقبه الرجعة التى هى المراد بالامساك
وهو الانسب بقول المصنف وانه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل
فدل على ابقاء النكاح بعد الرجعى وهو المطلوب الآخر وأما الثانى وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع
الفقهاء الا داود فانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا هذا احتمال يعزب اخطاره عند خطاب
المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى
أم لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال فى وقائع الاحوال كالعموم فى المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع
قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان
ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيأ أصلا يقع لأنه يقع وان نوى
شيأ آخر لما ذكر أنه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل فى رواية كما سيذكر
ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما بمعناه أو النسبة الى الغائبة كما يفيده فروع هو انه لو كرر مسائل
الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوى طلاقا لا تطلق وفى متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم

(قوله وأنه يعقب الرجعة بالنص) وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فهذه الآية تدل على ان
الطلاق الرجعى لا يرفع الزوجية ولا يبطلها فان الله تعالى سماه بعلا بعد الطلاق وهو الزوج فان قيل أليس
ان الله تعالى قال أحق بردهن وانما يستعمل الرد فيما زال عنه ملكه وأما ما هو فى حكم ملكه لا يصح ان يقال
ردها الى ملكه قلنا يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك فيكون الرد بمعنى المنع للسبب عن

وأما لفظ الرد فقد يستعمل
فيما لم يزل ملكه كالبائع
جارية بالخيار له وللمشترى
فانه لم يثبت الملك فيها
للمشترى ثم اذا فسخه يقال
رد الجارية وان لم يزل عنها
ملك البائع (ولا يفتقر الى
النية لانه صريح فيه)
والصريح ما ظهر المراد به
ظهورا بينا بكثرة الاستعمال
وهذا كذلك والصريح
يقوم لفظه مقام معناه
فلا يفتقر الى النية

قال المصنف (لغلبة
الاستعمال) أقول قال ابن
الهمام لا يخفى عليك ان
الموصوف بالغلبة هنا هو
ما وصفه بعدم الاستعمال
فى غيره والغلبة فى مفهومها
الاستعمال فى الغير قليلا
ففيه تدافع للتقابل بين
الغلبة والاختصاص انتهى
يجوز أن يكون المراد فيما
سبق ولا يستعمل فى غيره
غالبا بقرينة كلامه الثانى
كما أشرنا اليه (قوله وأما لفظ
الرد فقد يستعمل فيما لم يزل
ملكه) أقول وأيضا يستعمل
الرد فى الوديعة والعارية
ولا زوال ملك فيهما

وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه

وقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال القوم تعلمت ذكرا بالفارسية فقولوه معي فقال الرجل من بسه طلاق فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيأ آخر كذا نقل من فتاوى المنصوري وما في الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أولا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسئلة الذكر وفيها في الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذي أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع وفي النسفي قال أبو حنيفة لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما اذا أراد أن يقول اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال أبو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفي الخلاصة أيضا قالت لزوجها اقرأ على اعتدي أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينو وهذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكرنا آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى وقوله فيمن سبق لسانه واقع أي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسيذكر في أنت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل أنه اذا قصد السبب عالما بانه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده الا ان أراد ما يحتمله واما أنه اذا لم يقصده ولم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم وفسر بامرين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع انه قاصد للسبب عالم بحكمه فالغاه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاسباب التي لم تقصد وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث انه لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدقه غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزوا الى الجامع الاصغر ان أسدا سئل عمن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما أما التي سماها فلانه لم يردها وأما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح وأما ما روي عن نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه (قوله وكذا اذا نوى الابانة) أي بالصريح يقع رجعيا وتلغو نيته (لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك (فيرد عليه)

واثبات الزوال فيكون فسخا للسبب فان اسم الرد كما يطلق لفسخ السبب والحكم جميعا يطلق لفسخ السبب كما اذا اشترى جارية فوجد بها عيبا ففسخ يقال رد الجارية بالعيب ففيه فسخ السبب والحكم جميعا واذا اشترى على انه بالخيار ولم يثبت الملك للمشتري بالاتفاق ثم اذا فسخها يقال رد الجارية ففيه فسخ السبب لا غير فان قيل لا يخلو عن أحد المجازين لان الرد لو كان على حقيقته وهو الرد بالنكاح الجديد كان اسم البعل مجازا ولو كان البعل على حقيقته كان الرد مجازا فلم يرجح جعل جانب الرد مجازا قلنا لما ان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة والحقيقة لا تترك الا بالدليل وأما لفظ الرد فيستعمل في الوجهين اللذين ذكرهما ولانه جعل الرد الى الازواج والرد اذا كان بسبب النكاح لا يكون هو أحق منها (قوله وكذا اذا نوى الابانة) هذا عطف على قوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي يعني يقع به الطلاق الرجعي وان نوى الابانة (قوله فيرد عليه) لانه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بالرد كما في قتل المورث جوزي بالحرمان وكما في قصد من عليه السهو بتسليم قطع

حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل أن يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان أسلم وموضعه أصول الفقه وقوله (فيرد عليه) يعني قصده وتقريره الحجة لانه قصد تقديم ما أخر الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث وأصله بقرة بني اسرائيل

(قوله وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة) أقول فيكون في كلامه تسامح حيث جعله معطوفا على قوله وانه يعقب الرجعة مع انه معطوف على محذوف وهو قوله ان لم ينو شيأ

ولو

(ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تديينا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله) اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل أو الوثاق فيحتمل

ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا

لانه استعجل ما أخر الشرع كرد ارث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أي بقوله أنت طالق (عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر) الا أن يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال أنت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه قليلا وكل ما لا يدينه القاضي اذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها) أي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه أي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية *(فروع)* لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع ولو قال أردت الشتم لم يصدق لان النداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف قوله يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها به لا تطلق وقد روى وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الطيبة فقالت ما قلت شيأ فقال هات ما أسميك به فقالت سمني تخلية طالق قال فانت تخلية طالق فجاءت الى عمر فقالت له ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فاوجع عمر رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ولو قال طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها الى أبيها وأمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الاقرار لفلان بن فلان اذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الاعطاء ويحلف ماله عليه هذا المال لاما هو فلان بن فلان ولو قال هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على اقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال امرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان أقضيك حقك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق اذا خرج قبله ولو قال لاحدى نسائه يا زينب فاجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة ولو قال أردت زينب طلقتا هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع ولو قال أنت زينب فقالت

الصلاة رد قصده عليه (قوله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى) ولو قال أنت طالق من عمل كذا وقع به الطلاق قضاء لا فيما بينه و بين الله تعالى وكل ما لا يدينه القاضي فيه

أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أي بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يصدق في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو) قيل أي المرأة بتاويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فان الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص) فكان معناه أنت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره أما اذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة

(قوله جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة) أقول التقييد بعدم ارادة البينونة يقتضي دليلا (قوله وهو قيل أي المرأة بتاويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل الخ) أقول فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ثم أقول لكن الاولى من جهة المعنى هو ان يعود الى المرأة أي هي غير مقيدة بالعمل لا حسا وهو ظاهر اذ هو ليس بقيد محسوس وأما شرعا فلان المرأة لا يجب عليها العمل

قال (ولا يقع به الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر

عمرة نعم فقال اذن أنت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق أولك اعتبرت النية ولو قال قولي أنا طالق لا تطلق حتى تقولها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احدا كما أو احدى امرأتي طالق و يقع أيضا بالتهجي كانت ط ا ل ق وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م اذا نوى صرح بقيد النية في البدائع ولا يقع با طلقك الا اذا غلب في الحال ولو قالت أنا طالق فقال نعم طلقت ولو قاله في جواب طلقني لا تطلق وان نوى ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت أونعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال خذي طلاقك فقالت أخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها و يقع بطلقك الله أطلقها في النوازل مرة ثم أعادها وشرط النية وهو الحق وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك و يقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا أشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطلب مني الطلاق وأنا لا أطلق فاقول هذا و يصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق أولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال نساء أهل الدنيا أو الري طوالق وهو من أهل الري لا تطلق امرأته الآن نواها رواه هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى وعن محمد روايتان ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار ومنهم من ألحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي لا يقع ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أو لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل في قول أبي حنيفة يقع وفي قولهما لا يقع في واجب و يقع في لازم وقيل بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب للتعارف به وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت الا بعد الوقوع وفرق بينه و بين العتاق وهذا يفيدان ثبوته اقتضاء و يتوقف على نيته الا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه و بين الله تعالى ان قصده وقع والا لا فانه قد يقال هذا الامر على واجب بمعنى ينبغي ان أفعله لاني فعلته كأنه قال ينبغي ان أطلقك وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريدان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجرى عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت كذا فانت طالق وكذا تعارف أهل الارياف الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختيارا في النداء وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم أنو لا يصدق اذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق ومثله بالفارسية تو بسه على ماهو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا فلا لانه نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان أفعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته فقال لها ذلك فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لا يحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد فيمن قال لامرأته كوني طالقا أو اطلقي يقع لان قوله كوني ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس أمرا بل كناية عن التكوين وكينونتها طالقا يقتضي ايقاعا قبل فيتضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله قوله للامة كوني حرة (قوله ولا يقع به) أي بالصريح المقيد بالالفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقتك لا تطلق (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) لا الصريح مطلقا لان منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية (وقال الشافعي يقع مانوى) وهو قول الائمة الثلاثة وزفر وقول أبي

فكذلك المرأة اذا سمعت منه أو شهد به عندها شاهد عدل لا يسعها ان يدينه لانها لا تعرف منه الا الظاهر

(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا) واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية وقوله (ولا يقع به) من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق أي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر

الطالق ذكر الطلاق) لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه (ولهذا) أي لكونه يحتمل لفظه (يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير) وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته (ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق) وكل ما هو نعت فرد (لا يحتمل العدد لانه ضده) والضد لا يحتمل الضد وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان

الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التمييز ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر الطلاق هو صفة للمرأة لا الطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا (واذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فان لم تكن له نية أو نوى واحدة أو

حنيفة الاول ثم رجع عنه ووجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقا (ولهذا) أي ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير (صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس الا تعيين أحد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه وأيضا اذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن وهو كناية ففي الصريح الاقوى أولى (قوله ولنا انه نعت فرد) قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحريرالتقرير أن أنت طالق اذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحا لاخباره فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان باثباته اقتضاء يحصل المقصود و يعترض بالقطع بتخلف لازم الاخبار اذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل وبه يندفع ما قيل انه اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله الى الانشاء لايقاع الواحدة فجعله موقعا به ما شاء استعمال في غير المنقول اليه الا أن ينقل ان الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء يباينه لانه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعا وما لا الا في الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصنف بعت انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي

كالقاضي كذا في المبسوط (قوله وذكر الطالق ذكر الطلاق هو صفة للمرأة لا الطلاق هو تطليق) وحاصله ان ذكر النعت يقتضي وصفا ثابتا للموصوف لغة كذكر العالم هو ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف وكذلك في قولنا جالس وقائم واذا كان كذلك فنية العدد انما تعمل في الطلاق الذي هو فعل الرجل اذا كان محتملا لنية العدد فلما كان هذا نعتا للمرأة ولم يكن الطلاق ثابتا بها قبل هذا كان نعته اياها بذلك كذبا محضا في مخرجه لغة كما اذا قلت لرجل قائم انه جالس أو على العكس لكن أثبت طلاق بها شرعا لا لغة قبيل قوله أنت طالق لضرورة تصحيح وصف الواصف به وذلك ثابت اقتضاء ولا عموم للمقتضي عندنا لان ثبوته لتصحيح

قوله نعت فرد لا يناسب المقام لان الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتامل كذا قال الزيلعي والظاهر ان مراد المصنف سد باب قابلية نية الثلاث عن هذا اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالاولوية فليتأمل قال المصنف (معناه طلاقا ثلاثا) أقول وانتصابه بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لاني طلقتك ثلاثا

الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له وقوله (والعدد الذي يقرن به) جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله (واذا قال أنت الطلاق) واضح

قال المصنف (ويكون نصبا على التفسير) أقول أي نصبا على التمييز وفي التلويح في مبحث الامر لا نسلم انه تفسير بل تغيير الى ما يحتمله مطلق اللفظ ولهذا قالوا اذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الايقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلاثا أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى قال المصنف (ولنا انه نعت فرد) أقول فيه نظر لان

الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد يراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو بالجنسية والمثنى بمعزل منهما

استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيلزم في سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما سيحقق ولذا أوقعنا بها البائن فان قيل فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح في طالق ويحتمل أن يراد على حذف مضاف أي ذات طلاق وعلى هذا التقدير تصح ارادة الثلاث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا أوجه ان شاء الله تعالى مما قيل انه وان أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلاث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا لذاته التي هي هواء مضغوط فاذا فرض ان معناه الذي أريد به ليس الا ما لا تصلح ارادته منه فكيف يراد به ذلك الذي لا يصح ويمكن أن يراد به انها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضا ارادة الثلاث وعليه قول الخنساء *

فانما هي اقبال وادبار * يعني الناقة لا على ان المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافا لزفر والشافعي الا أن تكون المرأة أمة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلاث لم تصح باعتبار انها كثرة بل باعتبار انها فرد من حيث انه تمام جنس واحد بخلاف الثنتين في الحرة لانه عدد محض وألفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها وقد ذكر الطحاوي انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة وأما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص هذه التفرقة لا يعرف لها وجه الا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقا ان تكون واحدة وان نوى ثلاثا لان المصدر ذكر للتأكيد ونفي المجاز لا للايقاع أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفي المغني لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى أبي يوسف ما قول القاضي الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي يا هند فالرفق أيمن * وان تخرقي يا هند فالخرق أشأم

فانت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

يثبت هناك من معنى الاقتضاء الذي ذكرناه في الاخبار (قوله لانه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الاجناس) كما لو حلف ان لا يشرب الماء فانه لو نوى جميع المياه يصح وان لم ينو شيأ ينصرف الى أدنى ما يطلق عليه الاسم وان نوى قدحا أو قدحين لا يصح وهذا لان معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان وذا بالفردية لتوحدها حقيقة وحكما أو الجنسية لتفردها حكما لانك لو عددت الاجناس كان هذا باجزائه واحدا وليست بفرد حقيقة اذ هي أجزاء متعددة فصار هذا الاسم الفرد واقعا على الكل بصفة انه واحد ولما كان الادنى فردا حقيقة وحالا كان أولى بالاسم الفرد عند الاطلاق والآخر محتمل والمثنى ليس بفرد حقيقة وحالا فلا يتناوله الفرد حتى لو كانت المنكوحة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية فان قيل لما أقيم قوله أنت الطلاق مقام أنت طالق وفي قوله أنت طالق لا تصح نية الثلاث فينبغي ان لا يقع بقوله أنت الطلاق الثلاث وان نوى كما في قوله أنت طالق قلنا لا تصح نية الثلاث في قوله أنت طالق لان ذلك نعت فرد من كل وجه فلا يحتمل العدد كما ذكرنا وأما الطلاق فمصدر في أصله وان وصف به فلمح فيه جانب المصدرية فلذلك خالف لقوله أنت طالق في صحة نية الثلاث أو نقول انما صح نية الثلاث في قوله أنت طلاق لان معنى قوله أنت طلاق ذات طلاق على حذف المضاف الا أن يكون طلاق بمعنى طالق الان قولنا ذات طلاق وطالق واحد في المعنى

ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث) ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الاولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة

طلاقا أي تطليقا ثلاثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل أنبتكم من الارض نباتا أو يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض بطالق طلاقا فانه يصح ارادة الثلاث مع ان المنتصب هو مصدر طالق ويدفع بان طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح أن يراد به الثلاث على ارادة التطليق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لاني طلقتك تطليقا ثلاثا بقي انه يرد ارادة الثلاث بانت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث ونوقض بانه لم لا يجوز في طالق عند ارادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر وقد يدفع بانه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرت انه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت ارادة الثلاث والفرض ان صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به فالجواب ان الذي لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما التزمنا الجواب به والذي يراد بطالق ليس للانشاء فتأمل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر في الصحيحين انه طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلاث منه لاستفسره ويدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن أبي داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يمضي حكم المحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها لا انها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فساله وانما احتملت حقائقها أعني معنى البينونة التي تفيده البتة كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح أن يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف المتيقن (قوله ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) يعني طالق الطلاق وبالثالثة وهي طالق طلاقا وما في الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا لم يكن الا بالمصدر ويلغو طالق في حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد والا يشكل فانه حينئذ يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل في الحرة لما عرف وهذا يقوي المروي عن أبي حنيفة انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وان لم يذكر الا في المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الاولى) وهي الطلاق (فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار كقوله أنت طالق) ويرد انه اذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه (قوله ولا يحتاج فيه الى النية) أي في أنت الطلاق الى نية لانه صريح في غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذي غلب

الكلام لما ان الثابت بطريق الضرورة يثبت على حسب ثبوت الضرورة لا ما وراءه والضرورة تندفع بالواحدة فلما لم يثبت الطلاق فيما وراءه لا لغة ولا شرعا كانت نية الثلاث أو الثنتين مصادفة للعدم فلا يثبت الا بمجرد النية ولا يقع بالنية شئ اذا لم يكن اللفظ محتملا لها وكذلك قوله طلقتك أو أنت مطلقة فلا وجه لتصحيحه الا ان يجعل الطلاق ثابتا قبل اخباره بهذا الضرورة تصحيح اخباره فكانه هذا ثابتا شرعا أيضا بطريق الاقتضاء فلا يعمل نية الثنتين أو الثلاث لما قلنا بخلاف قوله طلقي لان ثبوت التطليق هناك ليس على طريق الاقتضاء لانه لا ضرورة لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورة لما انه للطلب لا للاخبار فلم

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بان قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما لم تصح في أنت طالق وأجيب بان نية الثلاث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم وأما الطلاق فهو مصدر في أصله وان وصف به فلمح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث وبقية كلامه واضح

(قوله لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدأ في الثاني) أقول

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها

فقال أبو يوسف هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فاتى الكسائي فسأله. فاجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية وأساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف أصلا ولا للرشيد ولمقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة أن الكسائي بعث الى محمد بفتوى فدفعها الى فقرأتها عليه فقال ماقول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقي ياهند فالخرق أشأم

فانت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلاث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلاث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء حال فيبقى قوله أنت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوبا على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث تفسير لما وقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور والصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة أما الرفع فلان أل في الطلاق اما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل أي المعتد به واما للعهد الذكري أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث فعلى العهدية يقع الثلاث وعلى الجنسية واحدة وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث اذ المعنى حينئذ فانت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع مانواه هذا ما يقتضيه اللفظ وأما الذي أراده الشاعر فالثلاث لانه قال بعده

فبيني بها ان كنت غير رفيقة * وما لامرئ بعد الثلاث مقدم

انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع خرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة ان كان ثلاثا وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر بقي ان يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر انه أراده كما أفاده البيت الاخير فجواب محمد بناء على ماهو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقول طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) تقدم انه اذا أراد بطالق طلاقا أو الطلاق ثنتين لا يصح فافاد هنا أنه لو أرادهما بالتوزيع صح ووجهه بقوله (لان كلا منهما صالح للايقاع فكأنه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها) وهذا منقول عن أبي يوسف والفقيه أبي جعفر ومنعه نخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع الا واحدة وكذا في أنت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الارادة به الا باهدار لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهور ان الاولى في التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق

فلذلك قيل انه بمعنى طالق فصح نية الثلاث في قوله أنت طلاق دون قوله أنت طالق وفي المبسوط لو قال أنت الطلاق فمعناه أنت طالق الطلاق حتى صح فيه نية الثلاث (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق وقال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) لان كل واحدة تصلح للايقاع باضمار أنت فصار كقوله

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فان لم تكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة (يصدق) ويقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع) بتقدير المبتدأ في الثاني كما لو قال أنت طالق وطالق

(قوله ومضارع خرق بكسرها كذا في النسخ والذي في كتب اللغة ان المضارع المضموم للماضي المضموم كتبه مصححه

(واذا

(ولو أضاف الطلاق الى جلتها) مثل قوله أنت طالق لان التاء ضمير المرأة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيد الذكر مابعده (أو الى ما يعبر عن الجملة مثل قولك رقبتك طالق) قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم ترد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق وقال زفر

(واذا أضاف الطلاق الى جلتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لانه أضيف الى محله وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لان التاء ضمير المرأة (أو) يقول (رقبتك طالق أو عنقك) طالق أو رأسك طالق (أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) لانه يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر (وكذلك ان طلق جزأ شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك) طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر

وان صح الآخر من جهة المعنى (قوله وان أضاف الطلاق الى جلتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف الى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى أن الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبتك الخ والتحقيق ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع أو بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو أحد الاقوال في أنت انه برمته ضمير أو التاء وان عماد أو ان واللواحق حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر استعمال الاسم فيها وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج أن يركبن السروج وضعفه وأين لفظ ذات الفرج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أي أكبرهم (ويا وجه العرب) يعني يا أوجههم وبه يندفع ما أورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه يعبر عن جملة العرب بالوجه لو ناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اهـ ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم بعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فاطلق عليه رأس القوم ووجههم أي أشرفهم وقوله تعالى كل شئ هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك أي ذاته الكريمة وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق وأنا بخير مادام رأسك سالما يقال مرادا به الذات أيضا (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعني في رواية بطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح وروا ية كتاب العتق لا تصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع (قوله وكذلك ان طلق جزأ شائعا) يعني يقع عليها كنصفها وربعها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة (قوله ولو قال يدك طالق أو رجلك) وهذا يقابل معنى الاول أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين

أنت طالق أنت الطلاق فتقع رجعيتان ان كان مدخولا بها والالغا الكلام الثاني ولا يقع (قوله ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع) لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وماهذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق لان الطلاق لرفع حكم النكاح فيكون محله ماهو محل حكم النكاح ولا يلزم انه لا تصح اضافة النكاح اليه ولو كان محلا لصحت لانه مع قيام المحلية

فحينئذ كان الاليم للمصنف أن يقول فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق ثم أقول فان قيل كيف يصح تقدير المبتدا في الثاني وهو منصوب لانه قد لا يلتفت الى الاعراب خصوصا في العامي قال المصنف (أو الى مايعبر به عن الجملة) أقول يعني الى الجزء الذي يعبر به عن جملة الانسان من حيث هو انسان فلا يرد اليد والعين لان التعبير فيهما من حيث انه تاجر وجاسوس فليتامل والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستعارة (قال المصنف ويقال فلان رأس القوم وياوجه العرب) أقول والكلام وان كان على التشبيه الا انه يعلم منه جواز استعارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه الا انه لا يدل هذا على جواز ارادة الشخص نفسه من الرأس المضاف الى ضمير الخطاب كما في سيد القوم وسيدك والاظهر أن يستدل بقولهم أمرى حسن مادام رأسك سالما وقولهم في الدعاء بعيش رأسك وقوله تعالى ويبقى وجه ربك

والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والسن والظفر لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا محله فاذا أضيف اليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الاضافة ثم يسرى الى الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا أضيف اليه ثم يسري الى الكل أجاب بقوله بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان (وفي (٣٦٠) الطلاق الامر على القلب) يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله

(ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله) ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي أتباع لا محالة فاذا ورد عليه ما دخل الاتباع كما في شراء ثلاث الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكر التبع وأما ذكر التبع فلا يكون ذكر اللاصل فان قيل سلمنا ذكر لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده أجيب بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بانها لا تطلق ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول بانها تطلق

والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسرى الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا أضافه الى ريقها أو ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى أو أعتق أصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف (قوله لهما) حاصله قياس مركب نتيجة الاول انه أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم اليها ما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسرى كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع (قوله ولنا الخ) حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للحل لكونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه أي تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أولا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لهذا الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لان المنع خطاب ولا يتعلق بالاجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى أما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبها كما أراد عرفا لا

لا تصح اضافة النكاح اليه لان التعدي الى سائر الاجزاء غير ممكن لان قيام الحرمة في سائر الاجزاء منع من

(قوله كالاصبع والشعر والظفر) أقول فعلى هذا يكون قول المصنف وظفرها ارد المختلف الى المختلف (قوله أجيب بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت) أقول يمكن أن يدعى مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحا به في بعض الروايات وكذا في قوله تعالى فتحرير رقبة وغيره وقيل تأنيث الفعل يأبى عن تقدير المضاف ولا يخفى عليك ان التأنيث بناء على اكتسابه اياه من المضاف اليه والشرط موجود لان الاخذ يسند الى اليد أيضا (قوله وانما الكلام من حيث الحقيقة) أقول يعني بدون الاضمار واختلفوا

واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن (وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت) طالقا (تطليقة واحدة) لان الطلاق لا يتجزأ

في قوله عرفا لا ذلك بما قدمت يداك أي قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما أخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبني على العرف ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ما ذلك تبعا هل يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجازه في الكل لا اشكال انه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستعملا لغة أو لغة قوم (قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن) وكذا لو قال ظهرك علي أو بطنك علي كظهر أمي أي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه أما لو كان فيهما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي أن يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بعضك أو نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج أيضا ويقع في الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك وهذا لان حقيقة الامر أن يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به هذا وقد يقال على المصنف ان كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وأيضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذ لم يشترط في الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك (قوله وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة) وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة

تعدى الحل اليها اذ الحرمة تغلب الحل وفيما نحن فيه استقامت التعدية الى سائر الاجزاء تغليبا للحرمة على الحل ولنا أنه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو وهذا لان الطلاق وضع لرفع القيد فيكون محله ما يكون فيه القيد وليس في اليد قيد ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها يد ولو أضاف النكاح اليه لا يصح بخلاف الجزء الشائع لانه صح اضافة النكاح اليه عندنا فيكون محلا للنكاح فيكون محلا للطلاق والتعدي من محل أضيف اليه التصرف الى محل آخر انما يستقيم ان لو صلح المحل الذي اليه التصرف مستتبعا للجزء الذي لم يضف اليه التصرف وانما يصلح مستتبعا له ان لو كان أصلا بنفسه فيستتبع غيره في الحكم والجزء الشائع أصل بنفسه اذ لا وجود للمحل بدونه فجاز أن يستتبع جزأ مثله في الحكم تصحيحا للتصرف فما اتباعا للبعض الذي لم يثبت الحكم فيه لعدم الدليل للبعض الذي يثبت الحكم فيه بالدليل وأما الجزء المعين فتابع في نفسه في حق محلية الحكم على معنى انه يتصور وجود المحل ووجود حكم التصرف بدونه فلو قلنا بالاستتباع لادى الى جعل الاصل تابعا للتابع وجعل التابع أصلا لاصله وهو باطل ولا تقاس اليد على الرأس لان الوقوع ثمة لا باضافة الطلاق الى الرأس حتى لو قال الرأس منك طالق لا تطلق ولكن باعتبار ان الرأس يعبر به عن البدن كما مر حتى لو عبر باليد عن البدن عند قوم يقع الطلاق باضافته الى اليد كذا في المبسوط وقوله عليه السلام على اليد ما أخذت على حذف المضاف أي على صاحب اليد الا ان اليد لما كانت آلة الاخذ أضيف اليها وذكر في الاسرار أراد النبي عليه السلام بذكر اليد صاحبها وعندنا متى قال الزوج أردت اضمار صاحبها طلقت ولانه يجوز أن تكون اليد هناك عبارة عن الكل مقرونا بالاخذ لان الاخذ باليد يكون فلا يكون كذلك مقرونا بالطلاق (قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر أنه لا يصح) أي لا يقع الطلاق حتى

واذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف (والاظهر انه لا يصح) أي الايقاع بكل واحد منهما لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهرا (وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لانه ذكر بعض ما لا يتجزأ وهو الطلاق اذ نصف التطليق أو ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا أقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ

وجب اكماله والالزم ابطال الدليل (وكذا الجواب فى كل جزء سماه والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها (لما بينا) انه لايتجزأ (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهى طالق ثلاثا لان نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما أورد يعنى محمدا هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لايكون الانصفين فالقول بالثلاثة فى ذلك يجب ان يلغو والجواب انه أراد بهذه التسمية الطلاق يعنى أراد ثلاث طلقات واستعمل فى ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ماذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات ومن الناس من قال لايقع شئ لانه مهمل لامعنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فبقى قوله أنت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما أن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازا ولاسبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثانى لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبى حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين لم تطلق الاثنتين ولم نقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا وأجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح بين فان الاجزاء التى أوقعها ههنا وهى ثلاثة أرباع موجودة فى التطليقتين لان ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة أرباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلاوجه الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التى أوقعها غير موجودة فى التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلاحاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ماذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد فى الجامع الصغير واليه ذهب الناطفى فى الاجناس والعتابى فى شرح الجامع الصغير وقال العتابى هو الصحيح لان ثلاثة أنصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلاثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لايقبل التجزئة فيصير ثلاثة انصاف تطليقة ثلاث طلقات لامحالة

وذكر بعض مالايتجزأ كذكر الكل وكذا الجواب فى كل جزء سماه لما بينا (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهى طالق ثلاثا) لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل فى نفسه فتصير ثلاثا

وقال نفاة القياس لايقع به لان بعض الشئ غيره والمشروع الطلاق لاغيره ولايخفى ان المراد بغيره ماليس اياه والافالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولاغيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ماأمكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحا كالعفو (قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهى طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغى أن لاتقع الثالثة لان فى ايقاعها اشكالا لان ثلاثة انصاف تطليقتين يحتمل ماذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان الطلقتين اذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منهما طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفا طلقتين ونصفنا كلا من طلقتين والثانى هو الموجب لأربعة الانصاف وهو احتمال فى ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت فى النية لافى القضاء لان الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لانصفا تطليقتين (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل) وهذا هو المنقول عن محمد فى الجامع الصغير واليه ذهب الناطفى والعتابى وعرف منه انه لو قال نصفى تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل فى نفسه فتصير ثلاثا) والثلاث كالجمع اختصار الامتعاطفات فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة اذ ليس للشئ الا نصفان فيقع ثنتان اتجه لان نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لان النكرة اذا أعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فاوقع من كل تطليقة جزأ ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من أخرى وعلى هذا وقيل يقع ثلاث اذا قال نصف طلقة وثلثاها وسبعة أثمانها لم يبعد الا أن الاصح فى اتحاد المرجع وان زادت أجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه لو قال ظهرك على كظهر أمى أو بطنك على كبطن أمى لايكون مظاهرا (قوله وذكر بعض مالايتجزى كذكر كله) صيانة لكلام العاقل عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بالقدر الممكن لانه

(قوله وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول فينبغى أن تكون المسئلة خلافية (قوله لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل الخ) أقول فيه انه لايعقل كون ثلاثة انصاف جزأ للشئ الا أن يكتفى بجزئية النصف

(ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين فهى واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهى ثنتان وهذا عند أبى حنيفة وقالا فى الاولى هى ثنتان وفى الثانية ثلاث) وقال زفر فى الاولى لايقع شئ وفى الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لاتدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

أضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه فى المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشايخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع فى التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفى الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات ولانية له طلقت كل تطليقتين وكذا مازاد الى ثمان فان زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال أشركتكن فى ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الاشراك سواء بخلاف مالو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها فى كل تطليقة وفى آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها فى الطلاق وقع على الاخرى ثلاث بخلاف ماتقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فينقسم الثلاث بينهن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيأ مما أوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه أن يسوى الثانية بها بايقاع الثلاث عليها ولانه أوقع الثلاث على الاولى فكلامه فى حق الثانية اشراك فى كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال للاخرى أشركتك فيما أوقعت عليها ولثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما وبعد ان كتبنا تطلق الثلاث ثلاثا ثلاثا قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه أشركها فى ست وفى المبسوط أيضا لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثا ينوى ان الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء فتطلق كل ثلاثا وكذا لو قال لاربع أنتن طوالق ثلاثا ينوى ان الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفى القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين فهى واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهى ثنتان) وهذا التفصيل عند أبى حنيفة وقالا فى الاولى وهى قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفى الثانية وهى قوله من واحدة الى ثلاث وما بين واحدة الى ثلاث يقع ثلاث وقال زفر فى الاولى لايقع شئ وفى الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى فى الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلاثا ثم قال المصنف فى قول زفر وهو القياس لان الغاية لاتدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط واعلم ان زفر لايدخل الحدين لا الاول ولا الثانى والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة الى وحتى لانها المنتهى فوجه ماذكر المصنف باستعمال الغاية فى الحد أى الحد من الطرفين لايدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو المبيع مثلا فلا يدخل الحدان فيه فكذا فى الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية فى وجه أبى حنيفة حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولى لان زفر انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعى حين ساله عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلاث لان الغاية لاتدخل تحت المغيا فالزمه فى قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعى يذكر محل اعماله ليبين انه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها والحاصل ان ذكر

اذا قام الدليل على البعض وهو مما لايتجزى لو لم يتكامل يؤدى الى ابطال الدليل (قوله وقال زفر رحمه الله

قال (ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين) اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما أن تدخل الغايتان وهو قولهما أو لاتدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبى حنيفة والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد وجه قول زفر ان غاية الشئ لاتدخل فيه والا لم يكن غاية كما فى المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروى ان أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن أنت ابن تسع سنين فتحير وروى فخر الاسلام أن الاصمعى هو الذى حجه على باب الرشيد قال له ماتقول فيمن قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لاتتناول الحدين فقال له ماتقول فى رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين يكون ابن تسع سنين فتحير زفر واستحسن فى مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لايقع شئ وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشئ الواحد حدا ومحدود الغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقى أنت طالق

(قوله لغا آخر كلامه) أقول يعنى قوله من واحدة الى واحدة

ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام فى العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم الى مائة ولابى حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سنى من ستين الى سبعين أو ما بين ستين الى سبعين و يريدون ماذكرناه يعنى الاكثر من الاقل أو الاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى فى قوله من واحدة الى ثنتين وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضا لان الاكثر فيه الثلاث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشئ لان قوله لان الاكثر فيه

وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر فى العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالى من درهم الى مائة ولابى حنيفة رحمه الله أن المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سنى من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين و يريدون به ماذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة

البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل للقياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى أبى حنيفة مانسب الى الاصمعى غير انه قال له فى الالزام كم سنك فقال له زفر ما بين ستين الى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك اذا تسع سنين وهذا بعيد اذ يبعد ان يجيب فيما بين واحدة الى ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الالزام حينئذ الا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع على انه روى انه قال عند الزام الاصمعى استحسن فى مثل هذا والذى يتبادر فى وجه استحسانه ان فى قول الرجل سنى ما بين الستين الى السبعين عرفا فى ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف فى الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من طرفه غير هذا وهو ان ما بين العددين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين أحد وستون واثنان وستون الى تسع وستين لا واحدة الى تسعة وانما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه والاوجه ماذكرناه والله أعلم (قوله ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر فى العرف يراد به الكل) كقول الرجل خذ من مالى من عشرة الى مائة و بع عبدى بما بين مائة الى ألف وكل من الملح الى الحلو له أخذ المائة والبيع بالف وأكل الحلو (قوله ولابى حنيفة ان المراد فى العرف الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل) ولا يخفى ان المراد أن ذلك انما هو اذا كان بين الحدين متخلل فانه لا يتحقق فى نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففى نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يعترض بانه لا يتاتى فى من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا لما يصدق عليه ولم يدع انه جار فى غيره ليعترض بانه لم يصدق فى عدم متخلل مع أنه مسوق لنفى قولهما بما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر الا أنهما أطلقا فيه وأبو حنيفة يقول انما وقع كذلك فيما مرجعه اباحة كالمثل المذكورة اما ما أصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية فى صورة ايقاعها وهى صورة من واحدة الى ثلاث اذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهى ثلاث فى هذه الصورة فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة أما صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها الا انها انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية وهو منتف وايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان ويقع بطالق وهذا كما صحح فى قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شئ لعدم التخلل ووجه

فى الاولى لا يقع شئ وقد حاج الاصمعى فى هذه المسئلة عند باب الرشيد فقال له الاصمعى ما قولك فى رجل قيل له

يعنى فى الطلاق وليس الكلام فى الاكثر فى الطلاق وانما الكلام فى الاقل والاكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما فى قوله من واحدة الى ثلاث وقوله سنى من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما فى قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا يسقط الاعتراض وقوله (وارادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم الى مائة وهو ظاهر

قوله (وأجيب بأنه يتمشى الى قوله والاقل من الاكثر ثنتان) أقول فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحدة الى اثنتين عند أبى حنيفة رحمه الله وليس كذلك (قوله وانما الكلام فى الاقل والاكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول لا نسلم ذلك ألا ترى انه لو قال من واحدة الى عشر يقع ثنتان عند أبى حنيفة رحمه الله والمسئلة فى شرح الكنز للزيلعى وفتح القدير (قوله وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد الخ) أقول فيه بحث فانه اذا تخلل بينهما شئ يراد الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل فلا وجه للتخصيص الذى ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فانهم يقولون سنى من ستين فليتامل (قوله معناه اذا لم يكن بينهما ذلك) أقول لا بد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبى حنيفة رحمه الله

وقوله (ثم الغاية الاولى) جواب عن قول زفر ووجهه أن القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة لانه أوقع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط و وجه ذلك انه قياس فاسد لان الغاية فى المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة فى ادخالها وأما فى صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم

كما ذكرنا ان الاصل فى الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه

بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ الغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة وأورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة أجيب بان ثانية لغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر فى ايقاع الثانية فلا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل لفظ ما بين هذا وهذا يستدعى وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث والجواب ان ذلك فى المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضى الاول احتمال وجود الثانى عرفا فى من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئا فى التكلم به لافادة ذلك القدر بقى أن يقال ان هذا ان انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف فى الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هى ثانية الواقع بل من حيث هى ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية فى من واحدة الى ثلاث ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب فى الطلاق وجب اعتبار مؤدى أجزاء لفظه وهى لا توجب الا دخول ما بين الحدين ولا مخلص الا بادعاء ان العرف أفاد ان مثله يراد به ذلك فى أى مادة وقع وقد لا يسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية فى البيع فانها لم تدع ضرورة الى ادخالها فى المغيا فبقيت الغايتان خارجتين وأنت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بقضية اللغة ومسئلة البيع لاظهار ان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبى حنيفة ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فاقتضى فى من واحدة الى ثلاث وقوع ثنتين لانهما الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هذا الحائط الى هذا الحائط لان التعارف انما وقع فى الاعداد نحو من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقى اللفظ فى غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضى وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف أعطى ان قضيته عدم وقوع الثانية *(فرعان)* لو قال من واحدة الى عشرة يقع ثنتان عند أبى حنيفة وقيل يقع ثلاث لان اللفظ معتبر فى الطلاق حتى لو قالت طلقنى ستا بالف وطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبى يوسف بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن فى الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أى فى من واحدة الى ثلاث وفى ما بين واحدة الى ثلاث

كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين أيكون ابن تسع سنين فتحير زفر رحمة الله تعالى عليه وقال استحسن فى مثل هذا كذا ذكره فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه (قوله ثم الغاية الاولى لا بد أن تكون موجود ليترتب عليها الثانية) لانه أوقع الثانية ولا ثانية قبل الاولى ولا بد للكلام من الابتداء فاذا لم يوقع الاولى كما قال

يقع الا واحدة ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر فى ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى فى قوله من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث وأشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر

(قوله ولا بد من وجودها الخ) أقول اذا كانت الطلقة الاولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغى أن يقع بهذا الكلام واحدة عنده (قوله وأجيب بان قوله ثانية صار لغوا الخ) أقول لم لا تثبت الطلقة الاولى اقتضاء و يلغو كلام العاقل ينبغى أن يتامل فيه ولعل وجهه صون فعله عن الكراهة فان ايقاع الطلقتين معا مكروه كما سبق وسيجئ نظيره فى رأس الورقة الثانية وتفصيله ان صون كلامه عن الالغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضا فبقى الاصل وهو عدم الاقتضاء (قوله فى ايقاع الطلاق بالاتفاق) أقول يعنى منا ومن زفر (قوله ولو نوى فى قوله من واحدة الى ثنتين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا قال من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين تقع واحدة عند أبى حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فما وجه هذا الكلام ويجوز أن يقال مراده يصدق عندهما وفى أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فان بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما بين بابى عن هذا

(ولوقال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أولم تكن له نية فهى واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم ان واحدة فى ثنتين اثنان (ولنا ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لافى زيادة المضروب) لان الغرض به ازالة كسر يقع عند القسمة فعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزأين وتكثير أجزاء الطلقة لايوجب تعددها) كما لوقال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها

محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (ولوقال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أولم تكن له نية فهى واحدة) وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب أثره فى تكثير الاجزاء لافى زيادة المضروب وتكثير أجزاء الطلقة لايوجب تعددها (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث) لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما فى قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لان كلمة فى تاتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لايصلح ظرفا فيلغو ذكر الثانى (ولوقال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب

اذا كان فيه عرف الغاية (قوله لانه خلاف الظاهر) وفيه تخفيف عليه (قوله ولوقال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالما بعرف الحساب (فهى واحدة) ففيما اذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة وقال زفر والحسن بن زياد يقع ثنتان بعرف الحساب وهو قول مالك والشافعى فى وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب فلو كان ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال أحمد وعندنا يقع واحدة بكل حال ووجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر فقوله واحدة فى ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثنتين فى ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعا فيقع الثلاث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير فى الدنيا لامعنى له أصلا لان ضربه درهمه مثلا فى مائة ألف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندى درهم فى مائة فهو كذب وان كان على الانشاء كجعلته فى مائة لايمكن لانه لاينجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشئ (قوله أثره فى تكثير المضروب لافى زيادة العدد) والطلقة التى جعل لها أجزاء كثيرة لاتزيد على طلقة ولايخفى ان هذا لامعنى له بعد قولنا ان عرف الحساب فى التركيب اللفظى كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر فان العرف لايمنع والغرض انه تكلم بعرفهم وارادة فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أوغيرها وهو يدريها (قوله فان نوى واحدة وثنتين) بقوله واحدة فى ثنتين وهى مدخول

زفر رحمه الله تصير الثانية ابتداء فلا يمكن ايقاعها أيضا فلاجل هذه الضرورة أدخلت الغاية الاولى ولا ضرورة فى الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس كما قال زفر رحمه الله وحاصله انه لما لم يتصور وقوع الثانية الابعد وقوع الاولى أوقعنا الاولى وهذا المعنى لايوجد فى الغاية الاخيرة لانه يتصور وقوع الثانية بدون الثالثة فان قيل أليس انه لوقال لها أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولا يقال من ضرورة وقوع الثانية وقوع الاولى قلنا لان قوله ثانية صار لغوا هناك وقوله هو نا من واحدة الى ثلاث كلام معتبر فى ايقاع الثانية ولا يتحقق ذلك الابعد ايقاع الاولى فان قيل فعلى قول زفر رحمه الله اذا قال أنت طالق من واحدة الى واحدة ينبغى ان لايقع شئ لانه ليس بين الحدين شئ قلنا قال بعض المتأخرين ينبغى أن يكون هكذا على قياس مذهبه والاصح أنه تقع تطليقة واحدة لان آخر كلامه لغو باعتبار انه جعل الشئ حدا ومحدود وذلك لايتصور فاذا لغا آخر كلامه يبقى قوله أنت طالق كذا فى الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه (قوله ولنا ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لافى زيادة المضروب) فانه لو كان يزداد فى نفسه لم يبق أحد فى الدنيا فقيرا لانه يضرب مائة فى ألف درهم فيصير مائة ألف درهم وتكثير أجزاء الطلقة لايوجب تعددها كما لوقال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم يقع الا واحدة (قوله وان نوى واحدة مع ثنتين

واحدة (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث لانه يحتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع المظروف) وقوله (ولو كانت غير مدخول بها) واضح (وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولا بها أولم تكن (لان كلمة فى تاتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) عند بعض أهل التاويل وهذا لان أحد العددين لايصلح أن يكون ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعيرله (ولو نوى الظرف تقع واحدة) لان الطلاق معنى فقهى لايصلح أن يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثانى (ولوقال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر مافى العدد الآخر كالاربعة فى الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات

قال المصنف (كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) أقول أنت خبير بانه لامنع هنا عن حمل فى على الظرفية بل هى الظاهرة قال ابن الهمام ولايخفى ان تاويله مع ينبوعنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ونتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة انتهى

فهى

(فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا بعرف الحساب (لكن لامزيد للطلاق على الثلاث وعندنا

فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا لكن لامزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على مابيناه (ولوقال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة) وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لابل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع فى الاماكن كلها

بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لوقال لها أنت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت أوغير مدخول بها كما لوقال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادة معنى لفظة مع بها ثابت كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى وفى الكشاف ان المراد فى جملة عبادى وقيل فى أجساد عبادى ويؤيده قراءة فى عبدى فهى على حقيقتها على هذا ولايخفى ان تاويلها مع عبادى ينبوعنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله فى الاقرار بان قال له على عشرة فى عشرة وادعى الخصم الجميع أى مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضى انه ماأراد الجميع أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور أولا فى واحدة فى ثنتين واحدة وفى ثنتين فى ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لايصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثانى (قوله ولوقال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة أوعريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحا فيوقع به الرجعى وكناية فيوقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما فى كثير الرماد لانه أبلغ من جواد لانه اثبات الجود له ببينة أعنى كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزاما كانه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بان قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالاولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية فى صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع ان الزكاة لاتسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك أو ان عنه فى المسئلة روايتين كما جوزه فى الكافى لان بعض المشايخ قال فى دليله لانه وصفه بالطول ولو قال أنت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لاتحصل البينونة عنده باحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل لكن مقتضى هذا أن لايقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول لانه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع فى كل الدنيا وفى السموات) ثم هو لايحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعى وطوله بالبائن

يقع الثلاث دخل بها أولا (قوله وقال زفر رحمه الله) هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول ولا يقال انه لوقال أنت طالق تطليقة طويلة يقع الرجعى عنده فكيف يقع البائن هنا وانه كناية عنه لانا نقول ثمة صرح بالطول وهنا كنى عنه وثبوت الشئ كناية أقوى من ثبوته صريحا لان ذا ثابت بدليله بخلاف ما لو كان مصرحا فان قولك كثير الرماد أبلغ فى وصفه بالجود من قولك جواد لان كثرة الرماد أثر الجود وعلامته فكان دليلا عليه بخلاف وصفه بالجود مجردا ولان قوله من ههنا الى الشام يفيد الطول والعرض وجاز أن لا تحصل البينونة عنده بوصفه بالطول فحسب ويقع عنده بوصفه بالطول والعرض لانه يفيد العظم فصار كانه قال أنت طالق كالجبل وثمة عنده يقع البائن لان المشبه به عظيم كذا هنا بخلاف نفس الطول لانه ليس فيه عظم فكان كنفس التشبيه وعنده لايقع البائن بنفس التشبيه اذا لم يكن المشبه به عظيما على انه جاز أن يكون له روايتان فى هذه المسئلة فقد ذكر المشايخ رحمهم الله فى دليله لانه وصف الطلاق بالطول فصار كانه قال أنت طالق تطليقة طويلة ولو قال كذلك كان بائنا كذا هنا (قوله قلنا لابل وصفه بالقصر) ونفس

الاعتبار للمذكور الاول على مابيناه) يعنى فى قوله ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لافى زيادة المضروب (ولوقال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل فى القوة وقوة الشئ انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك فى البائن دون الرجعى فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تعليله بالطول أجيب بانه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشئ ببينة وموضعه علم البيان وأقول هذه خطابة لاتكاد تنهض فى مقام الاستدلال وقيل يجوز أن يكون عنده فى هذه المسئلة روايتان وهذا أقرب (وقلنا لابل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع فى الاماكن كلها)

قال المصنف (لانه وصف الطلاق بالطول) أقول قال الزيلعى لايقال انه لوصرح بالطول لايكون بائنا عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لانا نقول الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف ألا يرى ان قولهم فلان كثير الرماد أبلغ فى الوصف بالكرم من قولهم جواد ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن تقع به البينونة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول

(ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذلك لو قال أنت طالق فى الدار) لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال أنت طالق وانت مريضة وان نوى ان مرضت لم يدين فى القضاء (ولو قال أنت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لانه علقه بالدخول ولو قال أنت طالق فى دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية * (فصل) * فى اضافة الطلاق الى الزمان

ولانه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها الى مكان وهو لا يحتمل ذلك أصلا فلم يثبت بهذ اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشى انه انما مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال فى التركيب الا الضمير فى طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة طلقت فى الحال) وكذا فى الدار وان لم يكن فى مكة ولا الدار وكذا فى الظل والشمس والثوب كالمكان فلو قال طالق فى ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان قال عنيت اذا لبست واذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة أو فى مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء (قوله لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان) المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعى معدوم فى الحال وقد جعل الشارع ان له التخلص بلفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود أمر معدوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعا شرعيا لا لزوما عقليا والزمان والافعال هما الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم فى الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذى هو عين ثابتة فلا يتصور الاناطة به ولو أناط به قبل وجوده فالمناط انما هو وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان فى الاضافة والتعليق يكون مستقبلا أما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق وأما اضافته الى ماض خال عنه فليس فى وسعه فيلغو ويصير أنت طالق فيقع به فى الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك فى أثره الشرعى لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا يمكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال فى دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أى بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه أعنى الظرف وكذا اذا قال فى لبسك أو فى ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا أو غيره حتى لو قال فى مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلى

* (فصل فى أضافة الطلاق الى الزمان) * ذكر فى باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع أى مابه الايقاع على ماقدمناه الى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بمدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذى هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها تترتب على العلم باحوال شئ أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك

الطلاق لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه بكونه رجعيا (قوله لمقاربة بين الشرط والظرف) لان المظروف لا يوجد بدون الظرف وكذلك المشروط لا يوجد بدون الشرط والله تعالى أعلم بالصواب

* (فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان) *

فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ماوراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذا لو قال أنت طالق فى الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر) وقوله (وان عنى به) ظاهر وقوله (عند تعذر الظرفية) انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة أى لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قال شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط * (فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان) * ذكر ههنا

لانه لا يستعظم عادة ذكره فى الكافى وجائز أن يكون له روايتان وفى الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من ههنا الى الشام إ بالطول المبالغة فى الطول أى الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى يأخذ كل سفينة غصبا أى كل سفينة صحيحة أو صالحة أو سليمة انتهى وفى قول صاحب الكافى ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض بحث لان العرض غير مذكور فى دليله على ماذكر فى هذا الكتاب * (فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان) *

(ولو

فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده

(ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وذلك بوقوعه فى أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر (ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذى تفوه به) فيقع فى الاول فى

الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلى فصار صنفا وقيل للواضع صنف العلم أى جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح أيضافيهم وعلم بما ذكرنا انها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ماذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد) لان جميعه هو مسمى الغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لانه خلاف الظاهر (وقوله لانه نوى التخصيص فى العموم) تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة فى الاثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع فى أول الوقتين الذى تفوه به) أما الاول فلانه نجزه فلا يرجع متأخرا الى وقت فى المستقبل وأورد عليه انه لم لم يعتبر لاضافة أخرى لا لاضافة عين ما نجز والجواب ان اعتبار كلامه ايقاعا للحاجة وهى مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق فى الغد وآخر النهار بطلاقها فى اليوم وأول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر انه مضاف لانه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بان طالق اليوم ايقاع فى الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافى واعتبار المعلق أولى لان فى اعتباره الغاء كلمة واحدة وهى لفظة اليوم وفى اعتبار المنجز الغاء كلمات وهى قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق فى الجوابين بانه لم توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطى ولم لم يتوقف فكان تنجيزا مع اتصال المغير الاضافى فان قيل لم لم يجعل الثانى ناسخا أجيب بان النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره وأما الثانى وهو قوله طالق غدا اليوم فلانه وقع مستقبلا مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى وانما وصفها بتطليقة واحدة لانه الزمت أضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثانى ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مستبد فى نفسه متراخ وهو منتف ههنا فان قلت فما وجوه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو فى ليلك ونهارك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها فى أول الوقتين تكون طالقا فى آخرهما ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك وان قدم المتأخر كطالق غدا واليوم أو فى نهارك وليلك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صح بالواو وفى عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما فى الاولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غدا وانت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق كل يوم فعند زفر يقع ثلاث فى ثلاثة أيام لانه موقع فى كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا فى كل يوم يحصل بايقاعه فى هذا اليوم فقط

(قوله لانه نوى التخصيص فى العموم) ونية التخصيص فى العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لا آكل طعاما ونوى طعاما دون طعام كذا فى المبسوط

بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ماذكره فى الكتاب واضح وقوله (نوى التخصيص فى العموم وهو) أى العموم (يحتمل التخصيص) فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة (ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر وأجيب بانه يحتاج الى تقدير أنت طالق والاصل خلافه فلا يصار

قال المصنف (لانه نوى التخصيص فى العموم) أقول فيه تجوز والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة فى سياق الاثبات فلا تعم (قوله لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار) أقول وهذا لا يوافق كلام المصنف والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس كما قاله الاتقانى

اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا و بالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم أجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهي ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون الثاني لغوا (ولو قال أنت طالق في غد) على ماذكره في الكتاب ظاهر وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت مافيه وقوله (ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه) قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة ألا ترى ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن في غدا لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقته وغد يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرون بها في هذه الآية وتعين

اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين (ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة وقالا لا يدين في القضاء خاصة) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على مابيناه ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب

غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل لان كل يوم اما أن يتعين اليوم وغدا او بعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان يطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته وفي هذه المسئلة ما قدمناه من البحث أول كتاب الطلاق في أنت طالق السنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلاث اما باعتبار اضمار التطليق كأنه قال طالق كل يوم تطليقة أو باضمار في كأنه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر وفرقوا بان في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة وقالا لا يصدق في القضاء خاصة) و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لهما أنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نية آخره ولهذا أي ولانه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في أول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كون وصفها بالطلاق في جميع الغد وصيرورته بمنزلة غدا الان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة ان ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونه متصلا بجزء آخر أو كله أولا وانما يعرف خصوص أحدهما

(قوله لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة) فان قيل اذا قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد فهي طالق حين يطلع الفجر فقد احتمل التعليق مالو لم يذكره بعده التعليق لكان منجزا فينبغي ان يحتمل الاضافة مالو لم يكن ذكر الغد بعده لكان منجزا وانما يتنجز بذكر اليوم اذا لم يذكر الاضافة متصلا به كما في التعليق قلنا ذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط انه انما يغير حكم أول الكلام هنالك لان ذلك تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من ان يكون تنجيزا كما لو قال أنت طالق اليوم اذا كلمت فلانا أو ان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام وتبين بذكر الشرط ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع بخلاف قوله اليوم غدا فان هنالك ليس بذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا للوقت الوقوع (قوله ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه فيصدق) وهذا لانه ايقاع الطلاق في الغد لانه جعل الغد ظرفا والظرفية تليق بالايقاع والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف كقولك زيد في الدار بل

(قوله أجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها الخ) أقول وهذا يجري في الصورة الاولى أيضا قال المصنف (وهذا لان حذف في الخ) أقول أي كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد وصيرورته بمنزلة غدا وقوله قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر الخ) أقول الظاهر ان كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف

لان نصرة الله اياهم في الآخرة دائمة وأما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة في أحدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينه اقطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه و باقي كلامه واضح بعد معرفة ماذكرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ لانه أسنده الى حالة معهودة) أي معلومة (منافية لمالكية الطلاق) لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف اليه الطلاق (فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أو تخلق (ولانه أمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح) فكأنه قال لما كنت أمس في قيد نكاحي واذا أمكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) فيكون تكرارا وأيضا قوله أنت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق أو هو محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا أفضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) يعني ان هذه المرأة اما ان تكون مطلقة زوج آخر أولا فان كان الثاني جعل قوله أنت طالق أمس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج

وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذين الدهر وفي الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ) لانه أسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج

من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وأكلت في يوم يعرف عدمه لا مدلول اللفظ فاذا نوى جزأ من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من أفراد المتواطئ بخلاف ما اذا لم يذكر ووصل الفعل اليه بنفسه فان المفاد حينئذ عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا و بعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ومثل قوله في غد قوله في شعبان مثلا فاذا قال طالق في شعبان فان لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب وان نوى آخر شعبان فهو على الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أو في الشهر الذي خرج (وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ) باجماع الفقهاء لانه أسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكارا للطلاق فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل أن أخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء أمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح أي طالق أمس عن قيد النكاح اذ لم تنكحي بعد أو عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للمعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى اما بعود القيد بعدز واله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ أو لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انهم قالوا اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء المحلية في المطلقة

يقضي وجوده في جزء من أجزاء المظروف غير أنه متى لم ينو شيأ يعين الجزء الاول باعتبار السبق وعدم المعارض ومتى نوى جزأ كان تعيين الجزء المنوي وهو قصدي أولى بالاعتبار من الجزء الاول وهو ضروري بخلاف قوله أنت طالق غدا لانه وصفها بهذه الصفة في جميع الغد ألا ترى ان من قال والله لا صومن في العمر يتناول ساعة من العمر حتى لو صام ساعة بر في يمينه ولو قال العمر تناول جميع العمر حتى لا يبر من يمينه الا بصوم جميع العمر وكذا لو قال ان صمت الدهر فعبدي حر يقع على صوم الابد ولو قال ان صمت في الدهر فعبدي حر يقع على صوم ساعة والفقه فيه ان غدا ظرف ضروري لثبوته لا بلفظه وقوله في غد ثبت بلفظ يدل عليه ما ثبت باللفظ يحتمل النية لا ما ثبت بدونه كما في قوله لا أشرب ونوى شرابا دون شراب وفي قوله لا أشرب شرابا

(حيث وصفها بهذه الصفة) أقول تنبيه ليس بدليل اذ لا ينكره الخصم فلا مصادرة (قوله فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب) أقول اذا كان الاستيعاب معنى مجازيا لفي غد ينبغي ان لا يتعين الجزء الاول اذا لم يكن له نية فان المجاز يحتاج الى النية كما لا يخفى

(ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا أيضا فكان انشاء والانشاء فى الماضى انشاء فى الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ) لانه أسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وأنا صبى أو نائم أو يصحح اخبارا على ماذكرنا (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) لانه أضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح فى الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى مادمت حيا أى وقت الحياة (ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط

رجعية لقيام العدة بعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف مالو قال لامرأتيه احدا كما طالق احدا كما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا أو التأكيد الا أن يقصد التجديد لان الايقاع فى المنكر ليس غالبا ولا الداعى الى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك فى المعينة لا فى المنكرة ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبار الكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء فى الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا فى مسئلة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهى ان طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق وحكم أكثرهم انها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال ونقول أيضا ان هذا تغيير لحكم اللغة لان الاجزية تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله ولحكم العقل أيضا لان مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدى الى رفعها فيتفرع فى المسئلة المذكورة وقوع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ لانه أسنده الى حالة منافية فصار كقوله اذا طلقتك وأنا صبى أو نائم) أو مجنون وكان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه أقر بطلاقها وأسنده الى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله فى الاضافة (أو يصحح اخبارا على ماذكرناه) من كونه اخبارا عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى قاصا لكلام عيسى عليه السلام وأوصانى بالصلاة والزكاة مادمت حيا أى مدة دوامى حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا أنت طالق بر حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر ثلاث ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لا جملة لانها تقتضى عموم الافراد لا عموم الاجتماع فان لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهى طالق حين سكت وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك وان قال زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضى ستة أشهر لان لم تقلب المضارع ماضيا مع النفى وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فان لم تكن له نية لا يقع فى الحال وانما يراد بحين ستة أشهر لانه أوسط استعمالاته اذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها وأربعون سنة كما فى قوله عز ذكره هل أتى على الانسان حين من الدهر والزمان كالحين لانهما سواء فى الاستعمال (قوله ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لان الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس

(ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية) وهو واضح (ولا يمكن تصحيحه اخبارا أيضا) وهذا على الوجه الاول واضح أيضا وأما على الوجه الثانى فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج وأما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك) وما بعده واضح

وقوله (كما فى قوله ان لم آت البصرة) يعنى كما اذا قال لها أنت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك هنا (وموتها بمنزلة موته) يعنى يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضا وقوله (هو الصحيح) احترازا عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على أن يطلقها مالم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة ووجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها الا انه لا يعقبه الوقوع كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفى مسئلة الكتاب يقع فى ظاهر الرواية هو ان فى مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق فى زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال (ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول اذا قال لها أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك فاما ان نوى شيأ أو لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع فى الحال وان نوى الشرط وقع فى آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثانى فقد اختلف فيه العلماء قال أبو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص فى أمر مترتب أى منتظر لا محالة وبقوله واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب لافادته فى أمر كائن فى الحال وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله

كما فى قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح (ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبى حنيفة وقالا تطلق حين سكت) لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

عن الحياة لانه متى طلقها فى عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون فى آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعنى العدم (قوله كما فى ان لم آت البصرة) اعطاء نظير والمراد ان كل شرط بان منفى حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا فى المبتغى بالغين المعجمة قال اذا قال لامرأته ان لم تخبرينى بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلى البيت معى فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على أن يطلقها وانما يعجز بموتها وصار كقوله ان لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموته لا بموتها ووجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسئلة فان بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع أما الطلاق فانه يتحقق اليأس منه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الغرض ان الوقوع فى آخر جزء لا يتجزأ فلم يله الا الموت وبه تبين (قوله ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبى حنيفة وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم) وهو ابن أحمر أو حرى بن ضمرة

(واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعنى أخاه الصغير وما قيل انه لعنترة العبسى خطأ عند أهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة أخ اسمه جندب أصلا وانما له أخ من أمه اسمه شيبوب ثم لم تكن أمه بحيث تواكل اباه شدادا حيسا لانها أبعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور

هل فى القضية أن اذا استغنيتم * وأمنتم فانا البعيد الاجنب
واذا الشدائد بالشدائد مرة * أشجتكم فانا المحب الاقرب
واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب
هذا وجدكم الصغار بعينه * لا أم لى ان كان ذاك ولا أب
عجبا لتلك قضية واقامتى * فيكم على تلك القضية أعجب

(قوله وموتها بمنزلة موته) وهو الصحيح وفى النوادر لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على الايقاع

فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة أن كلمة اذا تستعمل في الشرط أيضا قال قائلهم

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل

واعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وأيضا تنظيره لهما بني غير صحيح لانهما لا تتمحض للوقت أبدا وهما مبنيان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت المجرد في المجازاة فاوردا الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة أن يبينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهما في اثبات الاجتماع ليكون دفعا لظاهر القول الكوفيين (قوله ولابي حنيفة انها تستعمل للشرط أيضا) يعني الشرط المجرد عن معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله * واذا تصبك خصاصة فتجمل * حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفاها الى الشرب بالآنية وكرعا لان المجاز هنالك غالب واحتاج أبو حنيفة الى الفرق لانه جزم هنالك انها بالمعنى الحقيقي لانا لو فرقنا ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك أي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وأنت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع وأما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا أراد معنى الشرط أن لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها في الظرف فمراده خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو ابن حنظلة يوصي جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها

أجبيل ان أباك كارب يومه * فاذا دعيت الى المكارم فاعجل

أوصيك ايصاء امرئ لك ناصح * طبن بريب الدهر غير مغفل

الله فاتقه وأوف بنذره * واذا حلفت مماريا فتحلل

والضيف تكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للنزل

واعلم بان الضيف مخبر أهله * بمبيت ليلته وان لم يسئل

ودع القوارص للصديق وغيره * كي لا يروك من اللئام العزل

وصل المواصل ما صفا لك وده * واحذر حبال الخائن المتبذل

واترك محل السوء لا تحلل به * واذا نبا بك منزل فتحول

دار الهوان لمن رآها داره * أفراحل عنها كمن لم يرحل

واستأن حلمك في أمورك كلها * واذا عزمت على الندى فتوكل

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل

واذا هممت بامر شر فاتئد * واذا هممت بامر خير فاعجل

كما اذا قال ان لم أدخل الدار فانت طالق يقع بموته ولم يقع بموتها الا بعد موتها لا يمكن دخول الدار فلا يتحقق اليأس فلا يقع وانما يتحقق العجز عن الايقاع بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد موتها والصحيح ان موتها كموته

(ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام) كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان (ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل) فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه

واستغن ما أغناك ربك بالغنى

واذا تصبك خصاصة فتجمل

(قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة اذا مشتركة الى قوله واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول وفيه ان ما ذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك فانه يجوز أن يكون استعماله في الآخر مجازا والحمل عليه أولى من الاشتراك على ما علم وسيجيء بعد سطور

فان

فان أريد به الشرط لم تطلق في الحال وان أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية البتة أما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى

واذا أتتك من العدو قوارص * فاقرص لذاك ولا تقل لم أفعل

واذا افتقرت فلا تكن متخشعا * ترجو الفواضل عند غير المفضل

واذا تشاجر في فؤادك مرة * أمران فاعمد للأعف الاجمل

واذا لقيت القوم فاضرب فيهم * حتى يروك طلاء أجرب مهمل

واذا رأيت الباهشين الى الندى * غبرا أكفهم بقاع ممحل

فأعنهم وايسر بما يسروا به * واذا هم نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط في اثني عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء ومعقل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلي بريب الدهر غير ممنوع وتجمل أي أظهر جميلا ولا تظهر جزعا وقيل كل الجميل المجمول وهو الشحم المذاب وأين هذا من الاول في التأديب وفي المنتقى لو قال اذا طلقتك فانت طالق واذا لم أطلقك فانت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا في اليمين الاولى لانه وقع بكلام وجد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمينين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم أطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لانه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية فالشروط تراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول أبي حنيفة أما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم أطلقك فانت طالق وكذا لو لم يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فانت طالق زمان لم يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير أنت طالق اذا تزوجتك قبل أن أتزوجك وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوجك اذا تزوجتك واذا تزوجتك فانت طالق قبل أن أتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف وعندهما لا يقع والاصل ان الطلاق اذا أضيف الى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا ظرفان وقبل لا يقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما ولهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجود فصار كأنه قال عند التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع أولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله (بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بان وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقديما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا وأجيب بان هذا مترك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاء فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا تترجح الحرمة وان كان مبنى الصلاة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيأ انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك وهنالك يقع العمل بالدليل والله سبحانه

لانها اذا أشرفت على الموت فقد بقي من حياتها ما لا يسع للتكلم بالطلاق وذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق لانه يستغني عن زمان التكلم فوجد الشرط والملك قائم والمحل باق بخلاف قوله ان لم أدخل الدار ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق اليأس بموتها فلا يكون موتها كموته وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمة الله تعالى

ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان واستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلها واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة (فان أريد به الشرط لم تطلق في الحال وان أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمة

(قوله ووجه ذلك أن اصابة الخصاصة من الامور المترددة الخ) أقول فيه كلام قال المصنف (واذا تصبك خصاصة فتجمل أقول الجزم في قوله تصبك يدل على أنه للشرط

الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا أن يجعل هذا القدر مستثنى أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت) لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد

أعلم واعلم ان ما ذكره المصنف يشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وحينئذ فمقتضى الوجه في المشيئة أن على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه وأما اذا عرف بان استفسر فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وأما في مسئلة الطلاق أعني قوله أنت طالق اذا لم أطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاته مع ان في الثاني تشديدا على نفسه (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) المنجزة فقط حتى لو كان قال أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلاث (معناه انه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعان ان كانت مدخولا بها) فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف) لان اليمين انما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان (أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته) بر عندنا خلافا لزفر فالمراد بالاصل هنا النظير لا أصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره) والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها أو نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له لغو اذ لا يحتمله (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلا تزوجها أو نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل كانه غلط والصحيح الطلاق من

عليه وان مات أحدهما طلقت فان كان رجعيا توارثا لبقاء الزوجية وان كان بائنا ان ماتت لم يرثها وان مات هو ورثته ان كانت مدخولا بها لانه طلاق الفار (قوله واخواته) وهي نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل منها لا يحنث (قوله فيحمل عليه اذا قرن)

(ولو قال لها أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله (موصولا) لانه اذا قال ذلك مفصولا وقع ثلاثا قياسا واستحسانا لانه واجد الزمان الخالي عن التطليق وقوله (واخواته) يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله (ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق) ههنا ثلاثة ألفاظ النهار والليل واليوم أما النهار فللبياض خاصة وأما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية وأما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة أن يقال لبست يوما أو ركبت يوما أو سكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا أليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوما يحمل على مطلق

والطلاق

(قوله فيرجح أحد معنييه الخ) أقول فيه ان هذا على تقدير الاشتراك

والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة

هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في زان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء قال في الايمان لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتي طالق فهو على الليل والنهار الى أن قال والكلام لا يمتد ولان ذكر الفعل انما يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لا في أنت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنته اليوم أقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشيء واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف افادة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف بل انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب أعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان أو لا يمتد كانت حر يوم يقدم وطالق يوم أتزوجك فقالوا بامتداد المضاف اليه وعدمه والمحققون ارتفعوا عن ذلك الايهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حر يوم يسير فلان * (فروع) * قال أنت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر وأوقعه أبو يوسف للحال أو قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرا وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند أبي حنيفة تعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلاثا ووطئها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا اذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار وهذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو قولهما بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض أما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الاخيرة تطلق من

بفعل يمتد كالصوم والامر باليد حتى اذا قال أنت طالق اذا صمت يوما طلقت في اليوم الذي يصوم حين تغيب الشمس ولو قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان نهارا فلم تعلم به حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد (قوله والطلاق والتزوج من هذا القبيل) وفي بعض النسخ والطلاق من هذا القبيل وهو

الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان أو نهارا وقوله (والطلاق من هذا القبيل) يعني انه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير الى أنه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتميز المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدي حر وامرأتي طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أو اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلا كان أو نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول وفي اعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف المضاف اليه في مسئلة يوم أكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد أجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود (ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه)

(قوله يلحقه الوعيد ليلا كان الخ) أقول يعني الفرار

(فصــل) (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوى الطلاق

حين تزوجها حتى لا تلزمها العدة اذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وان كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابى حنيفة بين القــدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال ان كان فى الدار زيد فانت طالق نخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت فى الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا فاشبه سائر الشروط فى احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شــهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة الا أن الطلاق لا يقع فى الحال لانا نحتاج الى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت فى قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بامر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقا ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت احداهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

(فصــل) فيــه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيــد جهة البحث فى مسائله بعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منــك طالق فليس بشئ وان نوى طــلاقها ولو قال أنا منــك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق) وبقولنا قال أحمد وقال الشافعى ومالك يقع الطلاق فى الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح أى الملك الذى يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما ملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهــما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشــترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضى عند أكثر أصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نية كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حــتى انه لا ينكح أختها وأربعا سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نية ولا يخفى انه يندفع ما أورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال

الاظهر لان المراد من فعل قرن به هو المظروف وهو الجزاء لا المضاف اليه وبعض المشايخ اعتبروا المضاف اليه فيما لا يختلف الجواب وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه مما لا يمتد تسامحا نظرا الى حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرحوا فى قوله يوم أكلم فلانا فامرأته طالق بان المقرون بهما الكلام والكلام مما لا يمتد وفى قوله يوم أتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزوج مما لا يمتــد فاما فيما لا يختلف الجواب فيه بالاعتبارين بان كان أحدهما ممتدا والآخر غير ممتد فالكل اعتــبروا المظروف ولم يلتفتوا الى المضاف اليه كما فى مسئلة الامر فان الكل اعتبروا فيها الامر باليد الذى هو مظروف دون القــدوم الذى هو مضاف اليه فثبت ان المعتبر هو المظروف فى هذا الباب دون المضاف اليه والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (قوله ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق) لان الابانة لازالة الوصلة وهى مشتركة والتحريم لازالة الحل وهو مشترك ولو لم يقل منك أو عليك لم تطلق لان حــله ووصــلته قد تكون باخرى فلا تتعين هذه بلا ذكر وليس كذلك أنت بائن أو حرام لان حلها ووصلتها معه لا غير (قوله وهو فيها دون الزوج لانه لا انطلاق بعد النكاح الى ما شاء ويستمتع باماته وثلاث سواها فان قيــل الزوج أيضا ممنوع عن التزوج باختها وأربع سواها فيكون مقيدا قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم انه لم يكن مشروعا لا يكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء ما لم يقلد وليس بمقيــد وكذا الصبي عاجز عن التصرفات وليس بمقيد فالمقيد الحقيقى من له الآلات السليمة لفعل المشى والبطش وبسبب القيد يمتنع عن ذلك فالمقيد الحكمى هكذا ينبغى ان يكون له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لمانع القيد كالمرأة تقيدت بقيــد رق النكاح عليها ولا رق فى جانب الزوج ولكنه منهى عن نكاح الخمس والجمع بين الاختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكما للنكاح هذه المرأة ولا من أثره فكان اضافة الطلاق

وقد تقدم وجــه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها

(فصــل) لما كانت اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها فى فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر فى مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منــك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت

(فصل) ومن قال لامرأته

فهى

وقال الشافعى يقع الطلاق فى الوجه الاول أيضا اذا نوى) لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر فى الكتاب انها تملك المطالبة بالوطء كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متمتعين ويذكر كل منهما فى عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما فى الابانة والتحريم وقلنا لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها ممنوعة عن التزوج والبروز وسلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة فى مقابلة النكاح ولا يمكن أن يجتمع البدلان فى ملك شخص واحــد (قوله ولهذا) أى لانها مملوكة (سميت منكوحة) أى واردا عليها ملك النكاح (بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهى مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها) قيل لو كان الزوجان فى الابانة والحل مشتركين لاتحدا فى حق اضافة الابانة والحرمة اليهــما واللازم باطل فكذا الملزوم فانه اذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك أو عليك وأجيب بان هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث

فهى طالق وقال الشافعى يقع الطلاق فى الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح مشــترك بين الزوجين حتى ملكت هى المطالبة بالوطء كما ملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما فى الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها هى الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهى مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

تتميما للاول وانما احتاج الى نية فى الاضافة اليه لانه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد فمحل الطلاق محلهما وهى محلهما دونه فالاضافة اليــه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحــل انها هى المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو فى المال كالمهر وهو بدل ملكه لا مورد يرجع الى نفســها فهى المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هى بالكتابى والنفقة بدل احتباسه اياها والحــل الذى يثبت لها تبع للحل الذى يثبت له فانه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذى هو مورد الطلاق بل الحــل أثره حسب ما حققناه فى باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعى الخ والثابت أثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من أن الثابت تبعا هل يكون محلا للطلاق بخــلاف الابانة لانها أى لفظها موضوع لازالة الوصــلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته وسيأتى تمامه فى الكنايات وأما حجره عن أختها وخامسة فليس موجب

الى الرجل وانه لازالة القيد أو الملك لغة وشرعا ولا قيد ولا ملك فى الرجل فيكون اضافة لشئ الى غير محله فيلغو بخلاف الابانة والتحريم لان التحريم لاثبات الحرمة والابانة لقطع الوصلة لغة والحل والوصلة مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما وقوله والحل مشترك والطلاق وضع لابطاله قلنا الطلاق ما وضع لابطال الحل بل لرفع

تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيــره ولا تحل على غيره ما دامت فى عصمتــه فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت فى عصمته فلا بد من ذكر منك أو عليك تعيينا للجهة

قال المصــنف (لان ملك النكاح مشترك) أقول أى الملك الذى يوجبــه النكاح قال المصــنف (والطلاق وضع لازالتهما) أقول قال ابن الهمام الضمير للملكين المدلول عليهــما بقوله مشــترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهــى وفيه ان الظاهر انه راجع الى الملك والحل (قوله

وكذلك النكاح) أقول أى ملك النكاح (قوله ولانهما يسميان متمتعين ويذكر كل منهما الخ) أقول هذا لا يدل على الاشتراك الذى أراده فان المملوك كالمبيع يذكر فى عقد البيع ولا اشــتراك (قوله فى عقد النكاح والطلاق) أقول قوله والطلاق تكرار لبعد العهد قال المصنف (ولنا ان الطلاق لازالة القيد) أقول كما ينبئ عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك فى باب ايقاع الطلاق قال المصنف (وهو فيها دون الزوج) أقول قيل ان الزوج مقيد من جهتها أيضا حتى لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها وجوابه مذكور فى شرح الكنز للزيلعى ولك ان تقول لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان ازالته فى يدها وليس كذلك مع انه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح (قوله لان ملك النكاح له عليها الخ) أقول واذا كان الملك له عليها فرفعه يكون باضافته الى المملوك كما فى الاعتاق فان العتق اذا أضيف الى المولى يلغو اجماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد) أقول لعلها مغالطة فان المهر والنفقة فى مقابلة ملك منافع بضعها فلو ملكت منافع الزوج أيضا لا يلزم اجتماع البدلين فى ملك شخص واحد وموضع الغلط قوله فى مقابلة النكاح فليتأمل والاولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتى نظيره بعد سطور

وقوله (ولوقال أنت طالق واحدة أولافليس بشئ) ظاهر وقوله (ولافرق بين المسئلتين) يعنى بين قوله أنت طالق واحدة أولا وبين قوله أنت طالق واحدة أولاشئ فى حق التشكيك فى الايقاع أوفى حق الوضع وقوله (ولو كان المذكورههنا) أى فى الجامع الصغير (قول الكل فعن محمد روايتان) لانه لم يذكر الخلاف فى وضع الجامع الصغير فى أنه لا يقع شئ فكان عند محمد أيضالا يقع شئ ثم ذكر قول محمد فى طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال أنت طالق واحدة أولاشئ ولاتفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله (له) أى لمحمد (انه أدخل الشك) ظاهر

قال المصنف (ولافرق بين المسئلتين) أقول يعنى به فرقا يثبت به حكم مخالف لحكم المسئلة الاخرى على ماهو مصطلح الفقهاء فى لفظ الفرق (قوله قيل لو كان الزوجان فى الابانة) أقول والظاهر أن يقال فى الوصلة (قوله وأما الزوج فله ملك على غيرها) أقول يعنى على غيرها من النساء (قوله وقوله ولافرق بين المسئلتين الى قوله فى حق التشكيك) أقول ظاهره لايلائم كلام محمد رحمه الله فان التشكيك عنده فى تينك المسئلتين انما هو فى العدد دون الايقاع الا أن يقال المراد وجودا وعدما (قوله وذلك يستلزم ورود الروايتين) أقول يعنى فى كل من المسئلتين قال المصنف (ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أولالانه أدخل الشك فى أصل الايقاع) أقول كأنه لم يتلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف فى القاعدة القائلة ان الوصف الا اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقا على ما طنبل خلافه فيما اذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم الغاء كلام العاقل مطلقا فليتأمل

(ولوقال أنت طالق واحدة أولافليس بشئ) قال رضى الله عنه هكذا ذكر فى الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد فى كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أولاشئ ولافرق بين المسئلتين ولو كان المذكورههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه أدخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أولالانه أدخل الشك فى أصل الايقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد

نكاحها بل بحجر شرعى ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لاحكما للنكاح ولهذا لو تزوجها مع أختها معا أوضم خمسا معا لا يجوز (قوله ولوقال أنت طالق واحدة أولافليس بشئ) وكذا طالق أوغير طالق وطالق أولا وبه قالت الائمة الاربعة قال المصنف هكذا ذكر فى الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف أولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد فى كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال أنت طالق واحدة ولاشئ أو ثلاثا أولاشئ انما لا يقع عليها شئ عند أبى يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولافرق) بين المسئلتين) وهما طالق واحدة أولا وواحدة أولاشئ وخص الخلاف فى الاصل بين أبى يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبى حنيفة لكن صاحب الاجناس نقل ذكره معه فى الجرجانيات ولو كان المذكورههنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين فى المسئلتين وذلك لانه صرح بخلاف قول محمد فى مسئلة أولاشئ فدل على وفاقه فى هذه المسئلة وهى مسئلة أولا واذ لافرق بينهما كان وفاقه هنا رواية فى وفاقه فى أولاشئ وخلافه هناك رواية فى مسئلة أولا (قوله له) أى لمحمد فى ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه أدخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق يقع به واحدة (بخلاف قوله أنت طالق أولا) أوطالق أوغير طالق فانه لا يقع به بالاتفاق (لانه أدخل الشك فى أصل الايقاع ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف (ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد) واستدل على هذا بآثار اجماعية منها أنه لوقال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف لالغا ذكر الثلاث لانها حينئذ بانت بطالق لا الى عدة فلم تبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه لوقال أنت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شئ ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل القيد أوالملك والحل الثابت لها عليه يكون تبعا لا قصدا بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليها (قوله ولا فرق بين المسئلتين) أى بين قوله أولا وقوله أولاشئ فلا يختلف جواب محمد فيهما فبيان قول محمد فيما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أولاشئ تكون بائنا فى واحدة أولا (قوله ولو كان المذكورههنا) أى فى الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمه الله روايتان أى فيهما (قوله ولهما أن الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد) أى قوله أنت طالق اذا قرن بالواحدة أو بالثنتين أو بالثلاث وانما أطلق اسم العدد على الواحدة لانها أصل العدد يعنى ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما فى الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل فى الواحدة داخلا فى الايقاع فحينئذ يصير نظير قوله أنت طالق أولا وهناك لا يقع شئ بالاجماع كذا ههنا دل عليه وقوع الثلاث على غير المدخول بها اذا قال لها أنت طالق ثلاثا لانه لو كان الوقوع قبل قوله ثلاثا لالغا ذكر الثلاث ولهذا لو قال لها أنت طالق واحدة أو قال أنت طالق ثلاثا فصادفها قوله

وقوله (ولهما) أى ولابى حنيفة وأبى يوسف (ان الوصف) يعنى أنت طالق (متى قرن بالعدد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة أو ثنتين أو ثلاثا (كان الوقوع بذكر العدد) وأطلق العدد على الواحد مجازا من حيث انه أصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا فى الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل فى الواحدة داخلا فى الايقاع فكان نظير قوله أنت طالق اولا وهنالك لا يقع شئ بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (ألاترى) وهو واضح وقوله (على مامر) أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد (وقوله فلاجتماع بين المالكية والمملوكية) قد تقدم تقريره مستوفى وقوله (فلان ملك النكاح ضرورى) بيانه أن ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وماهو كذلك فهو ضرورى فاذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك اليمين ينفى الحل الضرورى لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغى أن لا ينتفى الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولاضعيف أجيب بان ملك اليمين دليل الحل وقام مقامه تيسيرا (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولابقاءله مع المنافى لامن وجه) يعنى من حيث العدة لانها أثر من آثاره فلايجب مع وجود المنافى والا لكان ملك النكاح

ألاترى انه لوقال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث وهذا لان الواقع فى الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على مامر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتاله كان الشك داخلا فى أصل الايقاع فلا يقع شئ (ولوقال أنت طالق مع موتى أومع موتك فليس بشئ) لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية ولابد منهما (واذا ملك الرجل امرأته أوشقصا منها أوملكت المرأة زوجها أوشقصا منه وقعت الفرقة) للمنافاة بين الملكين أما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية وأما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى ولاضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى النكاح

ومنها مالو ماتت قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شئ وقوله (وهذا لان الواقع فى الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف) أى طالق تطليقة واحدة أو ثلاثا أو تطليقا ثلاثا كما قرره فى أول الباب أما على الانشاء فلا وقد رجع المصنف الى طريقة الانشاء فى الفصل الذى قبل هذا فى مسئلة أنت طالق أمس وقد تزوجها أول من أمس فارجع اليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ماذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد عند ذكره لا الوصف (قوله ولوقال أنت طالق مع موتى أومع موتك فليس بشئ لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له) وهو موته وموتها لان موته ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية ولابد من الاهلية فى الموقع والمحلية فى الموقع عليها وانما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعى حال استقراره أو المعنى على تعليقه بالموت وان كان حقيقة مع للقران ألاترى انه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل (قوله واذا ملك الرجل امرأته أوشقصا منها) أى سهما بان كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهما منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه بان تزوجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه

أنت طالق وهى حية وصادفها العدد وهى ميتة لا يقع فلو كان الوقوع بقوله أنت طالق لوقع الطلاق وثمرة ذلك تظهر فى غير المدخول بها حتى لو كانت مطلقة يجب نصف المسمى ولو لم تكن مطلقة يجب جميع المسمى و يظهر أيضا فى حق من حلف لا يطلق امرأته (قوله فليس بشئ) أى لا يقع شئ لان معنى قوله مع موتى بعد موتى ألاترى أنه لوقال أنت طالق مع دخولك الدار فان الدخول يصير شرطا ولا تطلق الا بعد الدخول فكذلك ههنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته أو بعد موتها ولا نكاح بينهما بعد موت أحدهما لان مع للمقارنة وحال موت أحدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لا يقع الا فى حال استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقترن بالموت كان الوقوع بعده لان الوقوع حكم الايقاع والحكم يعقب السبب ولا يقترن به كذا ذكره شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه (قوله ولاضرورة مع قيام ملك اليمين) فينتفى فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين أما اذا ملك شقصا منها فلا يثبت الحل بملك الشقص فينبغى ان لا يبقى الحل الثابت بينهما نكاحا لانه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولاضعيف قلنا ملك اليمين دليل على الحل فقام مقام الحل تيسيرا فعلى هذا ينبغى ان يبطل نكاح المكاتب أيضا اذا اشترى منكوحته لورود دليل الحل القوى على الضعيف ومع ذلك لا يبطل ذكره فى المبسوط لان الثابت له فى كسبه حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح ولان ملك اليمين لا يثبت للمكاتب انما يثبت له ملك التصرف لان قيام الرق يمنعه عن ذلك والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم فلم يبطل نكاحه لذلك

(قوله وقوله على مامر أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد) أقول والظاهر انه اشارة الى مامر فى باب ايقاع الطلاق (قوله بيانه الى قوله فاذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك اليمين الخ) أقول ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمى على خلاف القياس أيضا فانه خلق مالكا فالكبرى ممنوعة والحق أن مراد المصنف غير ماذكره فليتأمل ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس ليكان سالما (قوله فقام مقامه تيسيرا) أقول الاولى احتياطا

(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ) لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له (ولو قال لها وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة)

منه أو سهما منه أو وهبه لها أو ورثته (وقعت الفرقة) بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح أما فى ملكها اياه فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية فيهما وقد تقدم تقريره هذا فى فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه وأما فى ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى لان اثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح فى الاصل مع المنافى وهو حرية المملوكة للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضرورى للاستغناء عنه وهذا ظاهر فى ملك الامة كلها وأما فى ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح (قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه) كما فى ملك البعض (ولا من كل وجه) كما فى ملك الكل (وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع) وانما لنا وعن محمد لانه لا فرق بين الفصلين فى عدم الوقوع فى ظاهر الرواية والمنقول عن محمد فى هذا الفصل فى المنظومة من الوقوع فيما اذا أعتقته أما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هنالك عليها يعنى منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجه اياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله فى الكافى قال لو زوجها سيدها الذى كان زوجها جاز ثم قال (والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا تجب العدة عليها فى حق من اشتراها وفى حق غيره روايتان) وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغى عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هنالك أيضا قائمة غير انها لا تظهر فى حقه ووجه قول أبى يوسف ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافى تخرج المرأة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فاحتجنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت المحلية ابتداء كما فى النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى فى المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما اذا ملكته بل اجراه فى الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهى ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهى فى العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال فى المبسوط وقيل هذا قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول أبى يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لا يقع طلاقه فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعنى فاعتقته فحكى الخلاف فى الصورتين (قوله وان قال) أى الزوج لها (وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة

(قوله ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه وهو العدة) * ولا من كل وجه وهو النكاح (قوله لانه لا عدة هنالك) وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطء * فان قيل أليس أنه لا يجوز التزويج وهذا دليل على وجوب العدة * قلنا قد قالوا لا عدة عليها بدليل أنه لو زوجها من آخر جاز والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر * والحاصل أنه لا تجب العدة عليها فى حق من اشتراها وهل يجب فى حق غيره فهو على الروايتين وفى الجامع الصغير للتمرتاشى وقالوا لو اشترى امرأته ثم باعها لا يحل للمشترى وطؤها حتى تحيض بحيضتين وكذا لو زوجها المشترى حتى تحيض بحيضتين

باقيا من وجه (ولا من كل وجه) يعنى من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لا من وجه يعنى اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعنى اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافى وقوله (لا عدة هنالك) يعنى فى حق مولاها الذى كان زوجها أى لا يظهر أثر عدتها بدليل حل وطئها وأما العدة فى نفسها فواجبة حتى انه لو أعتقها ليس لها أن تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها قال (واذا قال لها وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة

لانه

لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق) وهذا الكلام يحتاج الى بيان أنه تعليق مع عدم شئ من أداته وانه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق اما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور يعنى بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا وأما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته وأشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف فى الاصول وأما انه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما

لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقى شئ وهو ان كلمة

لانه علق التطليق) اذ هو السبب (حقيقة بالاعتاق أو العتق لان اللفظ) أعنى العتق (ينتظمهما) أى ينتظم الاعتاق الذى هو فعله والعتق الذى هو وصفها أثره ومعنى الانتظام ههنا صحة ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقى والمعنى المجازى فى اطلاق واحد والاعتاق معنى مجازى للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله فى لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار اعمال اسم المصدر كأعجبنى كلامك زيدا وأما على التجوز الآخر وهو ان يراد العتق الذى هو أثره فيشكل لانه قاصر وانما يعمل فى المفعول المتعدى وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثانى هو أن لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور فى الكافى لحافظ الدين والعجب مما نقل فى جوابه من قول من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الاعمال وأيضا كان الوجه ان يقول المصنف بالاعتاق والعتق بالواو لا بأو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفى الريب عنه كما فى الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كانت حقيقتها خلافه فصار اليه بموجب وقد تحقق وهو اناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق أو العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق فاظهر هذا تقرير المصنف وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار فى الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا

(قوله لانه علق التطليق بالاعتاق) أو العتق لان قوله مع عتق مولاك اياك يحتمل أن يراد مع اعتاق مولاك اياك على طريق استعارة الحكم عن علته * والدليل عليه أنه استعمل العتق متعديا ويحتمل أن يراد به العتق حقيقة فحينئذ يحتاج الى الاضمار أى مع عتقك اعتاق مولاك اياك ومثله كثير فى كلام العرب (قوله لان اللفظ ينتظمهما) أى لفظ العتق يحتمل الاعتاق على طريق الاستعارة

أى يتناولهما على سبيل البدل أما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما لم يتصور فى غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق أو العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقى عليه شئ وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين أحدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فما وجه الشق الثانى من الترديد والثانى أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاقه من قبل لها وهى أجنبية أنت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجهه النظر الى لفظة العتق ليتبين أثره فيما اذا قال لها أنت طالق مع عتقك فى عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة فى الكتاب وعن الثانى بان العدول عن معنى القران الذى هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف فى ذلك تنجيزا أو تعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك

(وإذا قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد) حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) كما في المسئلة المقدمة واعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وأنا أذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال (لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى) معنى يعني على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى) فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط

انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمهما أيضا (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته) والحكم لا يتأخر زمانا عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطليق مقارنا للعتق) لان التطليق مقارن للاعتاق على طذكرنا والاعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا انه علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله (فتطلق بعد العتق) فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كان العلتان والمعلولان معا فكما أن الاعتاق صادفها وهي أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد أيضا ان قوله أنت حرة

مع القران فانا قد نذكر للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط (ولو قال اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما

بالعتق وهو ضد الرق ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ولا ينبني زواله على وجود الآخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهذا ينبني على أحد القولين في ان المعلول مع العلة يقترنان في الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج معها عن المقارنة وأطبق العقلاء على ان الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت ان المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس هو علة فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول وأورد على هذا ما لو قال لاجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقرير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها وأجيب بانه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حرفه أعني ان ونحوه بان قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين ومرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولقائل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه (قوله ولو قال أي لامرأته الامة اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمن بل على رواية الشيخ أبي

والعتق على طريق الحقيقة لانه هو الملفوظ ومعنى الانتظام ههنا احتمال اللفظ ولو على طريق البدلية لما عرف أن اللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز معا ومعنى قوله أنه علق التطليق بالاعتاق أو العتق لان العتق حكم الاعتاق والحكم يقارن العلة فيقارن العتق الاعتاق فيكون التعليق بالاعتاق تعليقا بالعتق فيصح حينئذ أن يقال التطليق معلق بالاعتاق لانه أريد بالعتق ويصح أن يقال معلق بالعتق لانه حكمه فيقارنه في الوجود فيتوقف التطليق عليه أيضا * وانما قلنا أنه علق التطليق بالاعتاق أو العتق لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذا لا يتصور الا بان يتعلق أحدهما بالآخر تعلق الشرط بالمشروط أو يتعلق أحدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول أو يتعلقا بشرط واحد أو بعلة واحدة والثالث منتف لانهما لم يتعلقا بشرط واحد أو بعلة واحدة وكذا الثاني لان اعتاق المولى ليس بعلة لتطليق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول واستحال أن يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فتعين تعلق الطلاق بالاعتاق وقد وجدت أمارة الشرط في الاعتاق لانه معدوم على خطر

أو جزم من قوله أنت طالق ثنتين وهما أي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم ينعقد أو جزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب الا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أو جزهما

قال المصنف (فتطلق بعد العتق) أقول قيل أي معه كما ان المراد بقوله مع عتق مولاك اياك أي بعد عتق مولاك أو المراد العدية الذاتية فليتامل

ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

حفص ووجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل) الذي يقام بها فيقترنان في الخارج (فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان) أي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير قول محمد من جعل العتق شرطا على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني فلا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر أحدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فلتعتبر سرعة نزوله والتطليق محظورا فيعتبر متأخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في البين اعلم ان العقلاء اختلفوا

الوجود والطلاق تعلق به والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما عرف أن أثر التعليق في منع السبب فيصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وعنده صار تطليقا زمان التكلم * فان قيل يجب على هذا أن يصح قوله أنت طالق مع نكاحك يعني ان نكحتك ولم يصح ذلك قلنا هنا ما لك للانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه فعدلنا عن الحقيقة لذلك وثمة لا يملك الانشاء فلم يعتبر كلامه الا في صريح الشرط (قوله فتطلق بعد العتق) فان قيل التطليق يقارن الاعتاق لتعلقهما بشرط واحد ويلزم من ذلك أن يكون وقوع العتق والطلاق معا ضرورة مقارنة كل واحد من هذين المعلولين بعلته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق قلنا الجواب عنه من وجهين * أحدهما أن مشايخنا اختلفوا في أن الاحكام الشرعية هل تتأخر عن عللها أو تقارنها كما في العقليات فجاز أن يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قول من يقول يتأخر المعلول عن علته في الشرعيات وفي الاعتاق قول الآخرين ممن يقول المعلول يقارن العلة في الشرعيات وانما اختار هذا لان العتق أسرع نفوذا لكونه مندوبا والطلاق أبطأ ثبوتا لكونه مبغوضا ولان لا تلزم الحرمة الغليظة بالشك على أنا نقول المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط ولا شك أنه تقدم في الوجود أو جزهما لفظا في الارسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق وقوله أنت حرة أوجز من قوله أنت طالق ثنتين فيستقيم قوله تطلق بعد العتق * والثاني يجوز أن يكون المراد بقوله بعد العتق مع العتق كما أن المراد من قوله أنت طالق مع عتق مولاك اياك بعد عتق مولاك اياك في المسئلة المتقدمة وعلى هذا التأويل يتأتى التقريب أيضا

(فصل) فى تشبيه الطلاق ووصفه (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث)

فى العلة مع المعلول فذهبت طائفة الى ان المعلول يعقبها بلا فصل والجمهور على انهما معا فى الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية بجعلوها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقدمها والا بقى الفعل بلا قدرة والذى نختاره التعقيب فى العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر فى الخارج غير انه اسرع اعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التاثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله أعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الاوجز وأنت حرة أو جز من أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعلق بشرط واحد يقتضى أن يصادفها على الحالة التى صادفها عليها العتق وهى الرق وتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشئ زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ماقبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضى قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل فى أول آن يعقبه لانه نزول حكم فبطل ماقبلهما ورفع الاثر فى البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا أخر الى غاية يناسب التاخير اليها أعنى القبض الذى له شبه بالعقد على ماعرف فى الفصل الذى يلى باب المهر اما مانحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تاخير ثبوته اليها كما هو فى البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة فى تاخيره بل هو محصل بالاحتياط فبطل الاول

(فصل) فى تشبيه الطلاق ووصفه (قوله ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث) طعن على محمد فى لفظ السبابة اذ الاسم الشرعى المسبحة وأجيب بان فى بعض النسخ السباحة وبانه ورد أيضا فى رواية ابن عباس رضى الله عنهما فى صفة طهوره صلى الله عليه وسلم أدخل السبابتين فى أذنيه كما قدمناه فى كتاب الطهارة وبان الاعلام لا توجب تحقق معانيها فى مسمياتها وهذا ممتنف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعى الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والاولى قيل كون الاسم الشرعى المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامى ابن عباس عنه فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف وان كانت هى أيضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة فى فاعل وليس منه فاعل بل الوصف

لان وقوع الطلاق اذا كان مصادفا لحال ثبوت العتق وهى حرة حال ثبوت العتق كالجسم يكون أسود حال اسوداده ويكون عالما حال قيام العلم به فصار بمنزلة قوله أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك ولهذا تعتد بثلاث حيض وهذا آية كونها حرة حال الطلاق *ولهما أنه اذا ثبتت المقارنة بين العتق والطلاق والعتق يصادفها وهى أمة فيكون الطلاق مصادفا للامة أيضا والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة ولا نسلم كونها حرة زمان ثبوت العتق بل الشئ فى زمان ثبوته ليس بثابت اجماعا بلا خلاف بين العقلاء أو لانه لما وقع التعارض بين دليل الحرمة رجحنا المحرم أخذا بالاحتياط وانما تعتد بثلاث حيض احتياطا أيضا على أن العدة وجبت بعد الطلاق وحال وجوب العدة هى حرة بخلاف قوله أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك لان هنالك جعل العتق شرطا للتطليق لانه علق الطلاق بمعدوم على خطر الوجود فهذا هو معنى الشرط وصار مع بمعنى ان وقد يجىء مع بمعنى بعد قال الله تعالى ان مع العسر يسرا واذا كان الاعتاق شرطا للطلاق تقدم العتق على وقوع الطلاق لا محالة والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه)*

لان

(فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه) ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه فى فصل على حدة لكونه تابعا (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث

(فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه)

لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان أشار بواحدة فهى واحدة وان أشار بثنتين فهى ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع فى الاولى ثنتان ديانة وفى الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقى الاعتبار بقوله أنت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعى يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول بها لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال أنت طالق على ان لا رجعة لى عليك ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه ألا ترى ان البينونة قبل الدخول بها او بعد العدة تحصل به

منه مسبح وأما سباح فانما هو من سبح فى الماء سباحة ثم شرع فى الوجه فقال (لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) يعنى لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى أما لفظا فلان التى يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معانى الاجزاء نحو أهكذا عرشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا وفى الحديث فقوله أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار اليه وهو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار اليه بذا بخلاف كذا الكناية فانها لم تقصد فيها معانى الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس أو غيره كما فى الخبر يقال للعبد أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم مميز هذه ليس الا مايبين الجنس لا الكمية لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس هذا استعمالا عربيا وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ) عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام فى الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعنى تمام ثلاثين متفق عليه (وان أشار بواحدة فهى واحدة وان أشار باثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف) فى الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذى يثبت بالنية منه أن تكون الاصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع فى الاولى ثنتان ديانة وفى الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان أشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى ان قوله بالابهام والسبابة والوسطى ليس بقيد (قوله ولو لم يقل هكذا) يعنى قال أنت طالق وأشار باصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرفت ان الصواب أن يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم (قوله واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة وقال الشافعى يقع

(قوله والاشارة تقع بالمنشورة منها) واعلم أنه لا فرق بين الاشارة بالاصابع التى اعتاد الناس الاشارة بها وبين الاصابع الاخر كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله وقيل اذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها) اعتبارا بطريق الحساب وعرفهم * وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالعبرة للنشر وان كان الى الارض فالعبرة للضم * وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمة الله تعالى عليه (قوله حتى يقع فى الاولى ثنتان) يعنى ثنتان ديانة فى المسئلتين حتى يقع فى المسئلة الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفى المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف (قوله ولنا أنه وصفه بما يحتمله) فان قيل لو كان قوله أنت طالق

لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما (قال النبى صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا) وخنس الابهام فى الثالثة يعنى ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض (فان أشار بواحدة فهى واحدة وان أشار بثنتين فهى ثنتان) وقد طعن بعض الجهال على محمد فى قوله بالسبابة بانه اسم جاهلى والاسم الشرعى المسبحة وأجيب بانه جاء فى الحديث السبابة روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ فادخل أصبعيه السبابتين أذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوى فى شرح الآثار وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد وقوله (والاشارة تقع بالمنشورة منها) ظاهر وقوله (ولنا انه وصفه) أى وصف الطلاق (بما يحتمله ألا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به

قال المصنف (اذا اقترنت بالعدد المبهم) أقول اعترض بان الذى يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لا هكذا والتفصيل فى شرح ابن الهمام ويؤيد ماذكره عنونة الفصل بقوله فى تشبيه الطلاق

(فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) واعترض عليه بانه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك وأجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ويحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع وأجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ أقوى فى اعتبار الشرع من النية بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم اعتباره لكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا فالنية لا تغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله (ومسئلة الرجعة ممنوعة) أى لا نسلم

انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة وان سلم فالفرق ان فى قوله ان لا رجعة تصريحا بنفى المشروع وفى مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا فيلزم منها نفى الرجعة ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا أفاده شيخ شيخى العلامة وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعنى فيما اذا قال أنت طالق بائن (اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أى فى باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا وقوله (تطليقتان بائنتان) يعنى عندنا وقياس قول الشافعى تطليقتان رجعيتان وقوله (لان هذا الوصف) يعنى قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى بتة تطليقة أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق انت بائن وكان ينبغى أن يكون أحدهما رجعيا عملا بقوله

فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع

رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك وأحمد لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لى عليك ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول فى الحال وكذا عند ذكر المال و بعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنفى المشروع وفى مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم فى ايقاع الطلاق عدم صحتها وأجيب بان عمل النية فى الملفوظ لا فى غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية فى الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض اللفظ لك صح عمل النية فيه وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطى هذا الجواب افتقار طالق بائن فى وقوع البينونة الى النية وليس كذلك وان قلنا فى الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تغيير ما اقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصنف هنالك ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق لكن ذلك منتف لانه اذا عناها وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو أمكن أن يقال الايقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعى كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة فى وصفها بالرجعية وكل

محتملا للبينونة ينبغى أن تصح نية البينونة فى قوله أنت طالق لان النية انما تعمل فيما احتمله اللفظ ولم يصح قلنا النية تصح فى الملفوظ لا فى غير الملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة فلا تعمل نيته كمن عليه السهو اذا سلم يريد به قطع الصلاة لا تعمل نيته بخلاف ما اذا قال أنت طالق بائن فالبينونة ملفوظة * وتحقيقه أن النية تعمل فيما يحتمله اللفظ لا فيما يحتمل أن يحصل باللفظ (قوله ومسئلة الرجعة ممنوعة) فهو كقوله أنت طالق بائن عندنا هكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه (قوله أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) وهو

أنت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثانى يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور (وهذا بقاء الاول رجعيا اذا صار الثانى بائنا وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثانى بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى أن الاول يقع رجعيا فان أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان أراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح

قوله (وأجيب بان الفرق الى قوله بدليل انه لو قال أنت طالق الخ) أقول هذا مبنى على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض قوله (وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا الخ) أقول وفيه بحث والظاهر ان اطلاق البائن عليه من باب التغليب ووجه المجاز عدم ظهور أثر الرجعى

وقوله (وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن

فى الاحكام الاربعة وهى قوله فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب فى قوله أخبث الطلاق أو أكبره أو اشره أو اشده أو أسوأه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف بأثره فصار كانه قال انت بائن فان قيل أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضى فاحشا وأفحش والفاحش هو البائن والافحش منه هو الثلاث فينبغى أن تقع الثلاث به نوى أو لم ينو أجيب بان أفعل قد يكون لاثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج أعدلا بنى مروان وهو مشهور سمى للاضافة بالمعنى الثانى وكلا المواضع لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذى يبتنى عليه أقوالهم وهو أيضا واضح

(وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة) لان الرجعى هو السنى فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة حيض فلا بد من النية وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق فى حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها به فى توحده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو ملء البيت فهى واحدة بائنة الا أن ينوى ثلاثا) أما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض أما الرجعى فيحتمله

كناية قرنت بطالق يجرى فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على أنت طالق بائن فى الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيأ أو نوى ثنتين والثلاث بالنية ولو عنى بطالق واحدة و بافحش الطلاق أخرى يقع ثنتان وانما وقع البائن لانه أى الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح فى الحال فى البائن ومؤجلا بالانقضاء فى الرجعى وأفعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه أفحش مما يثبت به مؤجلا أعنى الرجعى فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه أو اشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه وسنذكر جواب انه لم يقع ثلاث وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعى هو السنى فيكون البدعى وطلاق الشيطان هو البائن وفى عبارته تساهل اذ ليس الرجعى هو السنى بل أعم لانه لو طلقها فى الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال أقبح الطلاق فعند أبى يوسف رجعى لاحتماله القبح الشرعى والطبيعى بان يطلقها فى وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكأنه الطهر الخالى عن الجماع فتجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية أو يراد وقت تنتفى نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد بائن حملا له على المنهى عنه (قوله وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا) لما ذكرنا فى وجه الرواية عن أبى يوسف (قوله وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل باثبات زيادة الوصف البينونة (وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان التشبيه فى توحده) يعنى يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذى هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد فى الثقل أو العظم فيثبت المشتهر قضية للفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه و بين الله تعالى أما القاضى فلا يصدقه فيها (قوله ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو ملء البيت فهى واحدة بائنة الا أن ينوى ثلاثا أما الاول) وهو قوله أشد الطلاق (فلانه وصفه بالشدة) فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلاث وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق أجيب بان افعل يراد به أيضا الوصف كقولهم الاشج والناقص أعدلا بنى مروان أى عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال ولا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهرا

قوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونه جنسا الى آخره فى أوائل باب ايقاع الطلاق (قوله وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن أى فى الاحكام الاربعة وهى فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة و بقوله أفحش الطلاق أخرى تقع تطليقتان * فان قيل أن قوله أفحش أفعل التفضيل فيقتضى أن يكون هناك فاحش

قال المصنف (أما الاول فلانه وصفه بالشدة) أقول فيه اشارة الى أن الاشد بمعنى الشديد قال المصنف (لذكره المصدر) أقول

يعنى تقديرا اذ المعنى طالق طلاقا أشد الطلاق قال المصنف (يقال هو ألف و يراد به القوة) أقول فيه ان قوة الالف أن لا تخل حتى تنكسر وبافيره

وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر وأما الثانى فلانه قد يراد بهذا التشبيه فى القوة تارة وفى العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعن محمد انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كما اذا قال أنت طالق كعدد ألف وأما الثالث فلان الشئ قد يملأ البيت لعظمه فى نفسه وقد يملؤه لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند أبى حنيفة انه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا أى شئ كان المشبه به ذكر العظم أولم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضى زيادة وصف وعند أبى يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا أى شئ كان المشبه به لان التشبيه قد يكون فى التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لامحالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعى وقيل محمد مع أبى حنيفة وقيل مع أبى يوسف وبيانه فى قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل

لحرمة الثلاث فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية ثم قوله (وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر) فان المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق والحاصل ان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذى هو الطلاق (قوله وأما الثانى وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه فى القوة) كما يقال زيد كألف رجل أى بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد به التشبيه فى العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقا فتصح نية كل من الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى فى خصوص الكمية والا لقال أنت طالق ألفا اذ لا معنى لقوله ألف تشبه هذه الالف فانه يستقيم فى الكثرة أى طالق عددا كثيرا ككثرة الالف والكثرة التى تشبه كثرة الالف ما يقارب بها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلاث قلنا كون التشبيه به فى القوة أشهر فلا يقع الآخر الا بالنية بخلاف عدد الالف وعلى هذا الخلاف مثل ألف أما لو قال واحدة كألف فهى واحدة بائنة بالاجماع ولو شبهه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبى يوسف رجعية واختاره امام الحرمين من الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد يقع الثلاث وهو قول الشافعى وأحمد لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفى قياس قول أبى حنيفة واحدة بائنة لان التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة كما مر أما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد وعنه فى كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق له بين هذا وبين قوله كألف ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه فى النور ولو قال كثلاث فهى واحدة بائنة عند أبى يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث وهذا ضعيف لانه تشبيه العدد بالعدد فى خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا وفى كافى الحاكم لو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهى ثلاث لا يدين فيها اذا قال نويت واحدة اه ولو أضافه الى عدد معلوم النفى كعدد شعر بطن كفى أو مجهول النفى والاثبات كعدد شعر ابليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقى أو ساقك وقد تنور لا يقع لعدم الشرط (قوله وأما الثالث) هو قوله ملء البيت فلان الشئ قد يملأ البيت لعظمه فى نفسه وقد يملؤه لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الاقل وهو ظاهر (قوله ثم الاصل) الاصل انه اذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك أو على انى بالخيار وان كان يوصف به فاما ان لا ينبئ عن زيادة فى أثره كقوله أحسن الطلاق أسنه أجمله أعدله خيره أكمله أتمه أفضله فيقع به رجعيا وتكون طالقا

وهذا أفحش منه وليس هنالك فاحش الا البائن وهذا أفحش منه فتكون ثلاثا * قلنا هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الاثبات قال الله تعالى وبعولتهن أحق بردهن (قوله وبيانه فى قوله مثل رأس الابرة) يقع البائن عند أبى حنيفة رحمه الله خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبى يوسف رحمهما الله ومثل

وقوله (وبيانه فى قوله مثل رأس الابرة) يقع به واحدة بائنة عند أبى حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبى يوسف وقيل مثل عظم رأس الابرة يقع به واحدة بائنة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وقوله (مثل الجبل) يقع واحدة بائنة عند أبى حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع أبى حنيفة وقوله (مثل عظم الجبل)

قال المصنف (ثم الاصل عند أبى حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا أى شئ كان المشبه به ذكر العظم أولم يذكر) أقول قال الامام التمرتاشى لان الشئ قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته والحقير مكروه عادة والبائن مكروه فيكون عبارة عن البائن انتهى فيه ان الشكل الثانى لا ينتج اذا لم يختلف مقدمتاه فى الكيف مع أن الحقير قليل الاثر عادة والرجعى كذلك فيكون عبارة عن الرجعى قال المصنف (لما مران التشبيه الخ) أقول قبل ثمانية اسطر قال المصنف (وعند أبى يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا أى شئ كان المشبه به)

(ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهى واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن أبى يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

(فصل) فى الطلاق قبل الدخول (واذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها)

للسنة فى وقت السنة وان نوى ثلاثا فهى ثلاث للسنة وفى مختصر الطحاوى لو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقا للحال رجعية ان كانت حائضا كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة قال وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف انها طالق تطليقة للسنة كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو ينبئ كأشده وأطوله يقع به بائنا وأما تشبيهه فكلمتهم على انه بائن عند أبى حنيفة أى شئ كان المشبه به كرأس ابرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبى يوسف ان ذكر العظم فكذلك والا فرجعى أى شئ كان المشبه به ولو كان عظيما لان التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لامحالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن والا فرجعى ذكر العظم أولا وبيان الاصول فى مثل رأس ابرة عند أبى حنيفة بائن وعند أبى يوسف رجعى الا أن يقول كعظم رأس ابرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجعية وفى كالجبل بائن عند أبى حنيفة وزفر رجعى عند أبى يوسف الا أن يقول كعظم الجبل ولو قال لمثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد قيل مع أبى حنيفة وقيل مع أبى يوسف هذا كله عند عدم النية أما لو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لان الواقع بها بائن والبينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وفى شرح الكنز كالثلج بائن عند أبى حنيفة وعندهما ان أراد به بياضه فرجعى وان أراد به برده فبائن اه وهذا يقتضى ان أبا يوسف لا يقصر البينونة فى التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبى حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأحسنه والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهى واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض) فهو البائن أيضا (وعن أبى يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو) وفى الكافى للحاكم لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهى واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وان نواها لان الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشئ الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ) أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه أو طلاق الشيطان والبدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس ابرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانها كلها بوائن والبينونة تتنوع الى خفيفة وغليظة وكذا ذكر الصدر الشهيد وقال العتابى الصحيح انه لا تصح نية الثلاث فى طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بان النية انما تعمل فى المحتمل وتطليقة بناء الوحدة لا تحتمل الثلاث

(فصل) فى الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول غرض الشئ بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالاصل على ما بالعوارض (قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا) أى تطليقا ثلاثا على

الجبل يكون بائنا عند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله ومثل عظم الجبل يكون بائنا بالاجماع المركب فعند أبى حنيفة رحمه الله لوجود التشبيه وعند أبى يوسف رحمه الله لوجود ذكر العظم وعند زفر رحمه الله لكون الجبل عظيما عند الناس والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى الطلاق قبل الدخول) (قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها) وفى

يقع به واحدة بائنة بالاتفاق أما عند أبى حنيفة فلوجود التشبيه وأما عند أبى يوسف فلذكر العظم وأما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل فى الطلاق قبل الدخول) لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله أحكام جمة ذكره فى فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل (اذا قال لغير الملموسة أنت طالق ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصرى يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها الا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع به شئ كما لو قال أنت طالق طالق طالق ولنا ما ذكر فى الكتاب وهو

أقول قال ابن الهمام وفى شرح الكنز للزيلعى كالثلج بائن عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان أراد به بياضه فرجعى وان أراد به برده فبائن انتهى وهذا يقتضى ان أبا يوسف لا يقصر البينونة فى التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبى حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأحسنه انتهى وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا الخ الى توجيه

لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعنى قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ وانما يقدر المصدر محذوفا لان الوصف نعت المرأة وهى غير متعددة فلابد من تقدير شئ يحتمل التعدد والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة والازادعدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة

لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة (فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يذكر فى آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى فى الحال فتصادفها الثانية وهى مبانة (وكذا اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا انها بانت بالاولى (ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل (وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا) لما بينا

ما بيناه فى الفصل وفى باب ايقاع الطلاق ان الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره وبه دفع قول الحسن البصرى وعطاء وجابر بن زيد انه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا ونص محمد قال اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وان دخل بها أو لم يدخل سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن على وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ولا ينافى قول الانشاء ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفا المحذوف أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فانه يقع الثلاث عند الكل (قوله وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لانه ليس فى آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف أوله فلم يقع بطالق الاول شئ فان قيل لو قال بالواو طالق وطالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثا وحكمهما مختلف لان فى التفريق تبين بواحدة فينبغى أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد قلنا الجمع الذى يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المغير له كلفظ ثلاثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات فى معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها فى تعلق معنى العامل به وتاخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظى وعكسه أفراده ولا دلالة للاعم على الاخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب فى التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكرا مغيرا لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولان الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بانها فى التركيب للمعية واذا علمت انها لا تتعرض الا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذى هو المعية بعينه وليس هو باولى من اعتبارها

المبسوط وهذا عندنا وهو قول عمر وعلى وابن عباس وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم وقال الحسن البصرى رحمه الله تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع به شئ كما لو قال لها أنت طالق وطالق وطالق ولكنا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع يكون بالعدد لان الموقع هو العدد واذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثا لا يقع شئ وهذا لان الكل كلمة واحدة فى الحكم فان ايقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذه والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها عن بعض بخلاف قوله طالق وطالق وطالق لانها كلمات متفرقة (قوله فان فرق الطلاق بانت بالاولى) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق وكذا لو قال أنت طالق وطالق

وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذا لم يذكر فى آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهى مبانة كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد

قال المصنف (لان الواقع مصدر محذوف) أقول فيه تسامح والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه) أقول يعنى بطريق الاقتضاء (قوله والازادعدد الطلاق وهو غير مشروع) أقول قيل ان أريد الزيادة وقوعا فلا نسلم ذلك لان الواقع ثلاث لا غير كما اذا قال للمدخول بها أنت طالق

العاو ان أريد الزيادة لفظا فلا نسلم كونه محذورا (قوله ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا الخ) أقول ولك أن تقول لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم فنكاحها باطل باطل باطل واحتمال كونها جملا لا يجدى نفعا اذ الطلاق لا يثبت بالشك مع أن الحذف خلاف الاصل واللائق بحال المسلم أن لا يجمع الثلاث فى وقت ثم فائدة ما قلنا تظهر فى المدخولة فتامل قال المصنف (اذا لم يذكر فى آخر كلامه ما يغير صدره) أقول سيأتى فى هذه الصيغة أمثلته

وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والاصل انه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا

للفرد الذى هو التعاقب فى معنى العامل وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب فاندفع ما قيل لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها اذا قال أنت طالق احدى وعشرين ووقوع الثنتين فى قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس التوقف بسبب ايجاب الواو المعية بل لانه أخصر ما يلفظ به اذا أراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار فى التعبير لغة وان لم يكن مختارا فى احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذكر شمس الائمة فى المسئلة خلاف زفر فلا يقع عنده الا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الاول أما لو قال أنت طالق احدى عشر فانه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها اذا قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم ان شمس الائمة حكى بين أبى يوسف ومحمد خلافا فى نحو أنت طالق وطالق وطالق أن عند أبى يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثانى وعند محمد بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح فى أصوله قول أبى يوسف أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل فلو توقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد بتجويز ان يلحقه مغير يفيد ان المراد تاخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انما هو انه اذا ألحق تبين عدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وهذا لا ينفيه أبو يوسف فلا خلاف فى المعنى بينهما (قوله وهذه) أى المسائل الثلاث (تجانس ما قبلها من حيث المعنى) وهو فوات المحل عند

وطالق وانما يفترق الحكم بين ذكر الواو وعدمه اذا كان فى آخره شرط أو استثناء * وقال فى الايضاح اذا قال أنت طالق طالق ان دخلت الدار وهى غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تتعلق الثانية وان كان معطوفا نحو ان قال أنت طالق وطالق ان دخلت الدار أو تطلق ان دخلت الدار تعلقا جميعا بالدخول لان قوله أنت طالق من حيث انه جزء كلام قاصر يحتاج الى ذكر الشرط ليتم الكلام بمعناه فيتوقف الاول والثانى على ذكر الشرط فيتعلقان دفعة واحدة واذا لم يوجد حرف العطف فالثانى صار فاصلا بين الاول وبين ما ذكر من الشرط بعده فكان تنجيزا وكذا لو قال أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة وعند مالك رحمه الله تطلق ثلاثا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع كما اذا قال أنت طالق واحدة ونصفا وأنت طالق احدا وعشرين فان فى الاولى تقع ثنتان وفى الثانية تقع ثلاث وعند زفر رحمه الله تقع واحدة لان المراد من نصف التطليق كمالها فكانه قال أنت طالق واحدة وواحدة ولكنا نقول هذا كله ككلام واحد معنى لانه لا يمكنه ان يعبر عن واحدة ونصف بعبارة أوجز من هذا وكذا قوله أنت طالق احدا وعشرين وان قال أحد عشر تطلق ثلاثا بالاجماع لانه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا كذا فى المبسوط فان قيل الواو العاطفة لمطلق الجمع عندنا فحينئذ يجب أن يتوقف أول الكلام على آخره فى قوله أنت طالق واحدة وواحدة ليتحقق الجمع قلنا لو توقف لصار للقران ولم يوضع للقران فان قيل لو لم يتوقف يصير للترتيب وهو أيضا ليس من مذهبنا قلنا الواو لم توضع للقران والترتيب ولكن لمطلق الجمع الا أنه وقع الطلاق بالاول لوجود الايقاع وعدم المانع فلم يبق محلا للثانية (قوله وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى) أى هذه المسائل الثلاث وهو قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين أو ماتت قبل قوله ثلاثا يوافق ما قبلها وهو قوله فاذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن (قوله من حيث المعنى) أى من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده

(وهذه) أى هذه المسائل الثلاث وهى قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين أو ماتت قبل قوله ثلاثا (توافق ما قبلها) وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن (من حيث الدليل) وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا أن الحكم اختلف لما أن ذكر العدد الذى هو الواقع فى هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهى ميتة فلم يقع الطلاق أصلا وهنالك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهى منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار فى الصورتين للعدد لا للوصف (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة) اعلم

قال المصنف (وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى) أقول قال ابن الهمام وهو فوات المحل عند الايقاع انتهى وهذا مبنى على أن يكون ما قبلها اشارة الى ما فى حيز فان فرق الطلاق (قوله توافق ما قبلها الى قوله من حيث الدليل) أقول قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق قوله (وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد) أقول المراد من الذكر المذكور أى العدد المذكور

ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فاذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبنى على أصلين ذكرهما المصنف فى الكتاب أحدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثانى ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى سعته فاذا قيل لغير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها فى الماضى وايقاع الاولى فى الحال والايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقترنان فى الوقوع والبعدية فى قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضى ايقاع الاولى فى الحال وايقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر وفى قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى وتلغو الثانية لفوات المحلية (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان) لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا للمراده فوقعا معا وعن أبى يوسف فى قوله معها أنها تقع واحدة لان الكناية تستدعى سبق المكنى عنه وجودا وذلك فى الطلاق بالوقوع

كقوله جاءنى زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق فى الماضى ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى وسعه فالقبلية فى قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانية والبعدية فى قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها فى الماضى وايقاع الاولى فى الحال غير ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال أيضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة فى الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة

الايقاع فلا يقع شئ غير ان فواته فى هذه بالموت فلا يقع شئ كما لو قال أنت طالق ان شاء الله فماتت قبل ان يقول ان شاء الله لا يقع عليها شئ وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون ما بعده (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين وأدخل بينهما ظرفا فان قرنها بهاء الكناية) أى أضيفت كلمة الظرف الى ضمير الاول كانت صفة للمذكور آخرا كجاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها بل أضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو وكان صفة للاول بالضرورة ولانها حينئذ خبر عنه أما اذا قرن بها ارتفع عمرو والمتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدا وحينئذ القبلية فى واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة فى اللفظ أعنى المضاف اليها لفظة قبل فلا يلحقها الثانية وفى قبلها واحدة صفة للاخيرة لانها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الاولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها ولا يقدر عليه اذ لم يكن فى الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقترنان فيقعان واذا كان الظرف لفظة بعد ففى واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد أوقع واحدة موصوفة بانها بعد أخرى وهو معنى قبلية أخرى لها ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق للوجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقعان وفى واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها وأما اذا قال واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق فى الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثانى تحقيقا لمعناها وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعى سبق المكنى عنه قلنا وقد وجد وهى واحدة التى هى مرجع الضمير اذ قد سبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق الحكم الذى هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عنى سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل و بعد ما قيل منظوما

فى فتى علق الطلاق بشهر * قبل ما بعد قبله رمضان

وصوره ثلاث لانه اما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما ففى الجمع كالبيت يلغى قبل ببعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع فى شوال وفى نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان يتخلل بينهما بعد كما فى البيت وقد عرفت حكمه أو لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو فى شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع فى ذى الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان يتخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع فى شعبان أو لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو فى شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع فى جمادى الآخرة

الا أن الحكم اختلف بينهما لما أن ذكر العدد الذى هو الواقع فى هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهى ميتة فلم يقع الطلاق أصلا وهنالك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهى منكوحته وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتبار فى الصورتين للعدد لا للوصف

وفى

وقوله (وفى المدخول بها يقع ثنتان فى الوجوه كلها) أى فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها القيام المحلية بعد وقوع الاولى قال (ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط أو أخره فان كان الثانى كما اذا قال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال أبو حنيفة يقع واحدة (لهما ان الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعا وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو أخر الشرط فان تأخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان

قال المصنف (وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها) أقول قال ابن الهمام واستشكل فى واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر فى الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى وأجيب بان اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لامحالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى

وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى (ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة وقالا تقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلاث أو أخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثانى لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف

(قوله وفى المدخول بها) يعنى ان ما ذكرناه من التفصيل فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو فى غير المدخول بها أما فى المدخول بها فيقع ثنتان فى الوجوه كلها أى فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة واستشكل فى واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد فى الزيادات نحو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى وقول النبى صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل ان يخللها نار جهنم وأجيب بان اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لامحالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أى لغير المدخول بها (ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند أبى حنيفة وقالا ثنتان) ولو قدم الجزاء فقال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق أى لجمع المتعاطفات مما قبلها وما بعدها فى الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو أو لا كزيد وعمرو وبكر جاؤا مطلقا أى بلا قيد معية أو ترتب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة فى التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثنتين وكما اذا أخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التفريق اللفظى لا أثر له لانه فى حال التكلم يتعلق الطلاق لا فى حال التطليق تنجيزا بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة و واحدة لانه فى حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع أما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزلن كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب فى التعلق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بايمان تتخللها أزمنة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن و يقعن (قوله وله ان الجمع المطلق) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو فى الاستعمال ان يراد من حيث هو فى ضمن القران أو الترتيب وهذا لانه لا يراد فى الاستعمال الخاص الاعم الا من حيث هو فى ضمن أحد أخصائه وعلى الاعتبار الثانى وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار و يلغو ما بعدها لفوات المحل فهكذا هذا لانه حينئذ يكون المراد ان دخلت فانت طالق واحدة و بعدها واحدة أخرى و يفوت المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل

(قوله وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها) وهذا الجواب مشكل فى قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمه الله تعالى عليه فى الزيادات ألا يرى الى قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والى قوله تعالى لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى وقال النبى صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل أن تخللها نار جهنم وجوابه مذكور فى أصول الجامع كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب) يعنى الجمع المطلق وان كان لا يتعرض للترتيب والقران بحسب الوضع ولكن ذلك الجمع لا يخلو عن أحد هذين الامرين فى الوجود والوقوع وعلى اعتبار ان يكون مرتبا فى الوقوع لا يقع الا واحدة فلا تقع الثانية بالشك (قوله كما اذا نجز بهذه اللفظة) بان قال أنت طالق واحدة و واحدة فانه تقع واحدة بالاتفاق والمعلق بالشرط كالملفوظ به عند وجود الشرط فلذلك اعتبر بالمنجز فان قيل أليس انه لو قال لغير المدخول بها

ماإذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيماذكر الكرخى وذكر الفقيه أبو الليث انه

ولا تتعين لاحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لا بد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثانى بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثانى بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا منهما جملة مستقلة فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شئ بواسطة شئ فينزلن جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا تقدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة وأجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى بدل الاول ولا يمكن فى الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثانى لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كانه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولهما أرجح وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الاول ان أريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه الى الشرط وان أريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة لنزوله اذ لا تلازم لجواز كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثانى باى سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف رحمه الله أقرب ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بانه لا شك فى تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذى يراد بالواو يقتضى كما قررناه ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر الا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذى اتفق فى الايمان فانه ليس الشرط فى الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف مالو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف مالو قدم الظهار والايلاء فقال والله لا أقربك وأنت على كظهر أمى وأنت طالق فتزوجها وقع الكل أما عندهما فلا اشكال وأما عنده فلسبق الايلاء ثم هى بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولو عطف بحرف الفاء) فقال أى لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيماذكر الكرخى) فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفى المبسوط نقله عن الطحاوى فليكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث انه

ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار طلقت ثلاثا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول لم يقع الا واحدة فعلم ان الترتيب فى التنجيز لا يدل على الترتيب فى التعليق وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند الشرط ولما صح تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملة اذا لم يكن فى لفظه ما يدل على الترتيب قلنا لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى مقام الاول وقد صح ذلك فى التعليق لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى والواو للعطف على تقرير الاول فيتعلق الثانى بالشرط بواسطة الاول ولما نجز بلا بل بانت بالاولى ولم يصح التكلم بالثنتين لفوات المحل

تحققه فى الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثانى لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها أنت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحد شك فلا يقع بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وقوله (ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيماذكر الكرخى) فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما فى صورة الواو وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافا له (وذكر الفقيه أبو الليث انه

وفيه تامل قوله (وقع على الترتيب وبانت بالاولى) أقول لعل المراد انه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك حتى لا يخالف آخر كلامه أوله

يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح (وأما الضرب الثانى وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال)

يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح) لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة أولا ووقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذى قررنا عليه كلام المصنف لابى حنيفة وهذا لانه يصير المعنى ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها أخرى ولو عطف بثم وأخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع فى الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخى وكماله باعتباره فى اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا واذا وقع الاول بقيت محلا فتقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة فى الحال ويلغو الثانى لانتفاء محليتها وان قدم الشرط فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهى مدخول بها تعلق الاول ووقعت الثانية والثالثة وان لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثانى ولغا الثالث والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالثانى قدمه أو أخره الا ان عند وجود الشرط يقع الثلاث ان كانت مدخولا بها وفى غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره فاثر التراخى يظهر عنده فى التعليق كانه سكت ثم تكلم وعندهما فى الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلا بان قال ان دخلت فانت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثانى وهو الكنايات) لما ذكر أحكام الصريح شرع فى بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل فى الكلام لانه وضع للافهام فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلا بالنسبة لما وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره فى المعنى كان الكناية ما خفى المراد به لتوارد الاحتمالات عليه وانما لم يعرف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال (وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية) الى آخره لاشتهارها بضد الصريح وحين عرفه علم ان الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال انها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به أما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضى يعتبرها ولا يصدقه فى ادعاء فانه ينصرف الى ما يخالف مقتضاها وهى دلالة الحال فانها انما يحكم بارادة مقتضاها شرعا كما فى البيع بالدراهم المطلقة فانه ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا أطلق الصرورة نية الحج ينصرف الى نية الحج الفرض والحاصل ان النية باطنة والحال ظاهرة فى المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق فى انكار مقتضاها بعد ظهوره فى القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه الله سبحانه اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضى بالوقوع أما فى نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا ألا

(قوله لان الفاء للتعقيب) ففى كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة كما لو قال بثم وبعده بخلاف الواو ولو قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند أبى حنيفة رحمه الله ان كانت مدخولا بها تقع فى الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وان لم تكن مدخولا بها تقع واحدة فى الحال ويلغو ما بقى فاذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها والا تعلق الاول ووقع الثانى ولغا الثالث وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط أو أخر الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلاثا ان كانت موطوءة والا تطلق واحدة وهذا بناء على ان ثم للتراخى اتفاقا ولكنهم اختلفوا فى أثر التراخى فقال أبو حنيفة رحمه الله وهو بمعنى الانقطاع كانه سكت ثم استأنف بعد الاول اعتبارا بكمال التراخى وقالا التراخى راجع الى الوجود والحكم فاما فى التكلم فمتصل (قوله وأما الضرب الثانى وهو الكنايات) ذكر فى أول

يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح) قال (وأما الضرب الثانى وهو الكنايات) لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع فى بيان الضرب الثانى وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها انه لا يجب العمل بها الا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال

لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلابد من التعيين أو دلالته قال (وهى على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعى ولا يقع بها الا واحدة وهى قوله اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة) أما الاولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله أنت

نرى ان أنت طالق اذا قال أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هى زوجته اذا كان نواه (قوله لانها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه والاعم فى المادة الاستعمالية يحتمل كلا من ماصدقاته ولا يتعين أحدهما الا بمعين والمعين فى نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضى دلالة الحال فان لم تكن فدعواه ما أرادوا انما قلنا أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من انها لم يرد بها سوى الثلاث الرجعية اعتدى استبرئى أنت واحدة الطلاق أصلا بل ماهو حكمه من البينونة من النكاح وعلى هذا فقول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير الى انه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب ان المراد تحتمله متعلقا لمعناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله وهى) أى الكنايات (على ضربين) هذا تقسيم للكنايات وهى تنقسم أولا بحسب ماهى كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المصنف هى القسمة الثانية أما الاولى فتنقسم الى ماهو كناية عن حكم الطلاق والى ما عن تفويضه الثانى لفظتان اختارى وأمرك بيدك لا يدخل فى يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسى واخترت نفسى والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه والى ما يقع به الرجعى وهى الالفاظ الثلاثة اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به الا واحدة أما الاولى أى كون الاولى وهى كلمة اعتدى كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعين ويقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قاله بعد الدخول أما قبله فهو مجاز عن كونى طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد ان شرطه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها فى أم الولد اذا اعتقت ويجاب بان ثبوتها

باب ايقاع الطلاق ان الطلاق على ضربين صريح وكناية وقدم ذكر الصريح لانه الاصل فى الكلام ثم شرع فى الكناية (قوله فيقتضى طلاقا سابقا) لانه لما أمرها بالاعتداد ولم يكن واجبا عليها قبل لابد من تقديم ما يوجبه ليصح الامر به فقدم الطلاق عليه كانه قال طلقتك أو أنت طالق فاعتدى ضرورة صحة الامر والضرورة ترتفع باثبات أصل الطلاق فلا حاجة الى اثبات وصف زائد وهو البينونة فلذلك كان الواقع به رجعيا هذا بعد الدخول وقبل الدخول جعل مستعارا محضا عن الطلاق لانه سببه فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان مختصا به قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة أى اذا اردتم القيام اليها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال الله تعالى انى أرانى أعصر خمرا أى عنبا والخمرة مخصوصة بالعنب والاعتداد شرعا بطريق الاصالة انما هو فى الطلاق وأما فى غير الطلاق فبالعارض كالموت وحدوث حرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها (قوله لانه تصريح بما هو المقصود منه) لان المقصود من الاعتداد طلب براءة الرحم فقوله استبرئى رحمك أى تعرفى براءة رحمك فيحتمل ان يريد الزوج بهذا طلقتك أو أنت طالق فاستبرئى رحمك أو يريد استبرئى رحمك لا طلقك فاذا نوى الاول كان بمنزلة اعتدى ونوى اعتداد الاقراء فيقع به الطلاق بعد الدخول اقتضاء وقبل الدخول يجعل مستعارا محضا عن الطلاق استعارة الحكم لسببه (قوله لان قوله أنت طالق فيهما مقتضى) أى فى قوله اعتدى واستبرئى على ماذكر

الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول ثلاثة ألفاظ هى اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة ولابد لكل واحدة منها من احتمال معنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف فى كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله (لان قوله أنت طالق فيها) أى فى هذه الالفاظ الثلاثة (مقتضى) أى ثابت بالاقتضاء فى قوله اعتدى واستبرئى كما أشار اليه فى قوله فيقتضى طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلابد من تقدير الطلاق سابقا وقوله (أو مضمر) يعنى فى قوله أنت واحدة

(قوله لانها غير موضوعة) أقول أى غير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره قال المصنف (فيقتضى طلاقا سابقا) أقول يعنى ان كان بعد الدخول وان كان قبله يكون مستعارا عن الطلاق لانه سببه فى الجملة وان لم يكن سببا له فى هذه الحالة قال المصنف (وتحتمل الاستبراء ليطلقها) أقول يعنى اذا علم خلوه من الولد قال المصنف (لان قوله أنت طالق فيهما مقتضى أو مضمر) أقول قوله مقتضى يعنى فى الاولين وقوله مضمر يعنى فى الثالثة

طالق

طالق فيهما مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا أولى وفى قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافى نية الثلاث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال (وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة

فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها فى الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونها مجازا عن كونى طالقا فى غير المدخول بها يجب كون استبرئى رحمك كذلك فى المدخول بها اذا كانت آيسة أو صغيرة وما فى النوادر من ان وقوع الرجعى بها استحسان لحديث سودة يعنى أنه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدى ثم راجعها والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعى بها قياس واستحسان لان علة البينونة فى غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصلا نعم الاعتداد يقتضى فرقة بعد الدخول وهى أعم من رجعى وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد عليه وأما الثانية وهى كلمة استبرئى رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئيه لانى طلقتك أولا طلقك يعنى اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثانى لا فلابد من النية ولا يخفى انها أيضا قبل الدخول مجاز عن كونى طالقا كاعتدى وكذا فى الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه وأما الثالثة وهى أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكأنه قاله يعنى اذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهور ان مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندى أو فى قومك مدحا وذما فقد ظهر ان الطلاق فى هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى كما هو فى اعتدى استبرئى رحمك لانه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر فى واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا وانه أضعف منه أولى ان لا يقع الا واحدة وفى واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف أى تطليقة واحدة بان فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لانه لا يدفع احتماله لما ذكر المصنف والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع فى طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل * فانت طلاق والطلاق عزيمة * الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فانتن الطلاق أو طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثانى (قوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح) احترازا عما قال بعضهم ان رفع الواحدة لا يقع شئ وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها حينئذ نعت للمصدر أى أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وان سكن احتيج الى النية وجه الصحيح ان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز لكونه نعتا لطلقة أى أنت طلقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر أى أنت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العرفى على صحة الاعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لا يعربونه (قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة فان نوى الثلاث كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) وفى هذا

(قوله أو مضمر) أى فى قوله أنت واحدة فان تقديره أنت طالق طلقة واحدة (قوله ولا معتبر باعراب الواحدة) قيل انما يقع الطلاق اذا قال واحدة بالنصب حتى يكون نعتا لمصدر محذوف أما اذا قال واحدة بالرفع لا يقع شئ وان نوى وان لم يعرب واحدة يحتاج الى النية وقال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى الكل على الاختلاف لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة على هذا وهو الصحيح

وقوله (ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعنى سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون فقوله (هو الصحيح) احترازا عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة أما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة لشخصها وقيل هو قول محمد وعند أبى يوسف يقع فى الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن الغرض وان أخطأ فى الاعراب وان أسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح أن الكل سواء (لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب) والثانى هو بقية الكنايات وهى المذكورة فى الكتاب (اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره

الا أن يكون فى حال مذاكرة الطلاق فان القاضى يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية وأما جواز نية الثلاث فلان الواقع بها اذا كان

بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولاتصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فيتعدد المقتضى

وهذا مثل قوله أنت بائن و بتة و بتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك وخلية و برية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج) لانها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية قال (الا أن يكون فى حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق فى القضاء ولا يقع فيما بينه و بين الله تعالى الا أن ينويه) قال رضى الله عنه (سوى بين هذه الالفاظ وقال ولا يصدق فى القضاء اذا كان فى حال مذاكرة الطلاق) قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا) والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لاردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففى حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية فالقول قوله فى انكار النية لما قلنا وفى حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا

الا طلاق نظر بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث فقد ذكر فى أنا برىء من طلاقك يقع رجعى اذا نوى بخلاف ما اذا قال من نكاحك قاله ابن سلام وفى الخلاصة اختلف فى برئت من طلاقك اذا نوى والاصح يقع رجعيا والاوجه عندى ان يقع بائنا لان حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الايقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الايقاع أصلا و بذلك صار كناية فاذا أراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين وهى التى دون الثلاث وكذا فى قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفى وهبتك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا قالوا فى بعتك طلاقك اذا قالت اشتريت من غير بدل ثم فى الهبة اذا لم تكن نية تطلق فى القضاء و لو قال نويت ان يكون فى يدها لا يصدق وأما فيما بينه و بين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس طلقت والاذهى زوجته هذا اذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لى طلاقى تريد أعرض عنه فقال وهبت لا يقع وان نوى لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع اذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته و يقع رجعيا فى خذى طلاقك وأقرضتك وكذا فى قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعى (قوله وهذا مثل قوله أنت بائن و بتة و بتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك) بوصل الهمزة (وخلية و برية ووهبتك لاهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة) وأعتقتك مثل أنت حرة (وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة و بالعين المهملة والزاى (واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره) وتقرير المحتملات غير خاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهى هيئة الناقة اذا أريد اطلاقها للرعى وهى ذات رسن فالقى الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كى لا تتعقل به اذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة الاطلاقية اطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والاجارة والاستئجار وصار كناية فى الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفى وهبتك لاهلك اذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهى البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها فى ثبوت البينونة والحقى باهلك مثله فيصير و رتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك أو لابنك مثله بخلاف الاجانب (فلابد من النية) أى فى الحكم بوقوع الطلاق (الا ان يكون فى حالة مذاكرة الطلاق) وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبى (فيقع فى القضاء) وان قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيما بينه و بين الله تعالى الا ان ينويه) و يستثنى منها اختارى لما نذكر وأمرك بيدك قال المصنف (سوى) أى القدورى (بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق

(قوله سوى بين هذه الالفاظ) أى القدورى رحمه الله (قوله والقول قوله فى انكار النية) لما قلنا وهو لانها

بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك قال المصنف (سوى) يعنى القدورى (بين ألفاظ الكنايات) فى وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل انما ذلك (فيما لا يصلح ردا) فلابد من بيان و بين بقوله (والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحال مذاكرة الطلاق) بان تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا) وهو سبعة أخرجى اذهبى اعزبى قومى تقنعى استترى تخمرى أما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى واعزبى وقومى واما تقنعى فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الردفيه هو أن ينوى واقنعى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة واتركى سؤال الطلاق واشتغلى بالتقنع الذى هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استترى وتخمرى لانهما من الستر والخمار (وما يصلح جوابا لاردا) ثمانية ألفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى والخمسة الاولى تصلح للسب والشتيمة أيضا اذا عرف هذا ففى حالة الرضا لا يكون شئ ولا

قال المصنف (وأمرك بيدك) أقول لا يخفى عليك ان قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع به الطلاق وأفتى به وجعل حراما حلالا نعوذ بالله تعالى

ولا يصلح ردا فى القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق و يصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومى تقنعى تخمرى وما يجرى هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وأمرك بيدك فانه لا يصدق فيها

فى القضاء) اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة فى المبسوط والمشايخ كفخر الاسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو (فيما لا يصلح ردا) أما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استأنف تقسيما ضابطا فقال الاحوال هنا ثلاثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وهى ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق أى التطليق و يصلح رداله وما يصلح جوابا ولا يصلح رداله وما يصلح جوابا وشتما ففى حالة الرضا يصدق فى الكل اذا قال لم أرد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه وفى حالة المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لاردا كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدى استترى اختارى أمرك بيدك و يصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجى اذهبى افلحى تقول العرب افلح عنى أى اذهب عنى اغربى قومى تقنعى ومرادفها كاستترى وتخمرى ومعنى الرد فى هذه أى اشتغلى بالتقنع الذى هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه و يجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفى حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا و ردا وما يصلح جوابا وشتيمة لاردا كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجرى مجراه اذ يحتمل خلية من الخير برية منه بتة بتلة أى مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرك بيدك استترى وعرف مما قدمنا ان اختارى أمرك بيدك لا يقع بهما الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر فى يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم فى الاحوال قسمان حالة الرضا وحالة الغضب وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا فى احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقرير ان فى حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فى الكل انه لم يرد الطلاق وفى حالة الرضا المسؤل فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا انه لم يرده وفى حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا أو ردا انه لم يرد به الا السب أو الرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفى حالة الغضب المسؤل فيها الطلاق يجتمع فى عدم تصديقه فى المتمحض جوابا سببان المذاكرة والغضب وكذا فى قبول قوله فيما يصلح ردا لان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله فى دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب ينفرد الغضب باثباته فلا تتغير

تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية وما يصلح جوابا لاردا ثمانية ألفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى ولكن الخمسة الاول تصلح للجواب وتصلح للسب ولكن فى عدم الصلاحية للرد تشترك الثمانية لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والقاضى مأمور باتباع الظاهر و يصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو سبعة أخرجى اذهبى اغربى قومى تقنعى استبرئى تخمرى أما صلاحية هذه الالفاظ للرد ان يريد الزوج بقول أخرجى أى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى اغربى اذا غربى من الغرب وهو البعد قومى أى عن طلب الطلاق تقنعى من القناعة أو من القناع وهى الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوى اقنعى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة واتركى سؤال الطلاق أو اشتغلى بالتقنع الذى هو أهم لك من سؤال الطلاق اذ التقنع يزينك والتكشف يشينك وكذا قوله استبرئى وتخمرى وهو المراد من قوله وما يجرى هذا المجرى وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك لاحتمال الرد أو السب احتمال الرد فى السبعة المذكورة مثل اخرجى اذهبى واحتمال السب فى الخمسة المذكورة التى فى أوائل الثمانية وهى خلية برية بائن بتة حرام فقوله أنت خلية نسبة الى الشر أى خلية من الخير برية من حسن الخلق أو افعال المسلمين بتة أى لا أصل لك أو مقطوعة عن الخيرات حرام الصحبة أو العشرة لسوء خلقك

منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية بتعيين أحد المحتملين والقول قوله فى انكار النية مع يمينه وفى حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء فى قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر و يصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله (وما يجرى هذا المجرى) يريد به مثل اغربى واستبرئى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك يعنى أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهو ثلاثة ألفاظ اعتدى واختارى وأمرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن أبى يوسف انه اذا قال فى حالة

من احتمال معنى السب

كسرها يقع بلا نية والوجه الطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق أما في أحدهما فيقع قضاء أسكنها أو لا وفيه أيضا النظر المذكور ولانه ايقاع بلا لفظه ولا لازم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه. وهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كأنت طالق لانه ليس طلاقا ولا كناية لان موضوعها يحتمل أشياء وأوضاع هذه المسميات هي حروف ولذا لو قرأ آية السجدة تهجيا لا يجب السجود لانه ليس قرآنا ولا مخلص الا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والا كتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا أو عرفا وحينئذ يقع بالتهجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطال بلا قاف وفي قوله لا آخر اجل الهاطالقها أو أخبرها به أو بشرها تطلق في الحال لان الحمل لا يتحقق قبل المحمول ومنها أنت على كالميتة أو الخمر أو لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامرأته هذه عمتي أو خالتي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بينهما ولو قال مزحت أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحسانا والقياس أن يفرق مطلقا ولا يصدق لانه أقر بالتحريم وجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في هي أمي وله أم معروفة وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي أختي واختلف في لست لي بامرأة وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة وقالا لا لان نفي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك أو والله ما أنت لي بامرأة أو لو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمله أي لست لي بامرأة لاني طلقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم انه أراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحالف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم أتزوجك جحود لا يحتمل الانشاء اذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه أراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب النافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست أو ما أنت امرأتي أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية وألغياه ويتصل بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به أو لم ينو وكذا اذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب الا أنه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام المكني لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان أخرس يبين نيته بكتابته هذا اذا لم يكن خطابا أو رسالة فان كان على رسم كتب الرسالة بان كتب أما بعد يا فلانة فانت طالق أو أنت حر أو اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فانت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط

في ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها رواية أبي يوسف رحمه الله والالحاق المروي عن أبي يوسف رحمه الله رواية الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي ورواية الايضاح وأما رواية الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه

لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن أبي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما ذكرنا

الاحكام وحينئذ فالاولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة (قوله وعن أبي يوسف الخ) الحق أبو يوسف بالتي تحتمل السب ألفاظا أخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه أربعة ألفاظ ذكرها الولوالجي وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي باهلك حبلك على غاربك وفي الايضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسة هي هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتتم ستة ألفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك لي يعني أنت أقل من ان تنسبي الى بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي باهلك وحبلك على غاربك أي أنت مسيبة لا يشتغل أحد بتأديبك اذ لا طاقة لاحد بممارستك وفي رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان أبا يوسف ألحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة وهي اعتدي اختاري أمرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال أبو حنيفة لا سبيل لي عليك تقنعي استتري اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان عن الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لان لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في اعرتك طلاقك ظاهرة وعن أبي يوسف يقع خلافا لمحمد وفي النوازل عن أبي حنيفة يصير الطلاق في يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق ان شاءت كما كان الزوج ولو قال طلاقك علي لا يقع أصلا وروى الحسن عن أبي حنيفة لو قال وهبتك لابيك أو لابنك أو للازواج فهو طلاق لان المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فقال اذهبي فبيعي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافا لزفر لان اذهبي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي ومن الكنايات تنحي عني واختلف في لم يبق بيني وبينك عمل قيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شئ وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع بالنية الا أن يقول خذي أيها شئت ثم عن محمد في رواية أسد يقع ثلاث وقال ابن سلام أخاف أن يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كانه يريدان مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يعطي الامر بسلوك أحدها والاوجه أن يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في أبحتك طلاقك وان نوى أو صفحت عنه ولا باحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وان نوى واما طال بلا قاف فاطلق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع

(قوله وعن أبي يوسف رحمه الله) الى قوله يصدق في حالة الغضب الحق أبو يوسف رحمه الله خمسة ألفاظ أخرى وهي خليت سبيلك وفارقتك ولا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك والحقي باهلك بتلك الخمسة المذكورة التي تحتمل السب لان فيها معنى السب أيضا فقوله لا ملك لي عليك أي لانك أقل من ان أملكك أو أنسبك الى نفسي بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وخليت سبيلك كراهة مني لصحبتك ولا ألتفت اليك بعد هذا السوء خلقك وفارقتك أي في المسكن لسوء خلقك والحقي باهلك بمعنى فارقتك ولما كان في هذه الالفاظ احتمال معنى السب لسوء الخلق وحالة الغضب تدل على ذلك كان متدينا في القضاء اذا قال لم أرد الطلاق فالحاصل ان ألفاظ الكناية عشرون في الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب فاما بعد ذكر الطلاق فينقسم على قسمين في سبعة منها يصدق قضاء كما يصدق في الكل قبل ذكر الطلاق وهي اخرجي وأخواته وفي غير السبعة لا يصدق بعد ذكر الطلاق وهي ثلاثة عشر لفظا خلية برية بتة بائن حرام اعتدي اختاري أمرك بيدك ويصدق في العشرة وهي الخمسة المذكورة

الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه أربعة ألفاظ وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحقي باهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل أن يكون معناه لانك أقل من أن تنسبي الى ملكي أو أنسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لذفرك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك أوحش من أن تكوني خليلتي

قال (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة وقال الشافعي يقع بها (رجعي) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لان الواقع بها طلاق) واحد (لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح) فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا (ولنا ان تصرف الابانة صدر عن أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق وأما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف أحدهما قوله (كي لا ينسد باب التدارك) والثاني قوله (ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني فان جعلت الثاني تفسيرا للاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه واذا فسد التفسير فسد المفسر

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد

وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل اليها لا يقع فبنى على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محا أكثر ما قبله فارسله لا يقع أبعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء أما فيما بينه و بين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها أما بعد أنت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بكتابته لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة وفيها معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يمل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى أن هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب وأما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتان قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكل ما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف ذلك منه بان يسال بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه و بيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك أو شك كنافيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف أحكام الاخرس في هذه في آخر الكتاب (قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى أو يذهو بها ليدفع بان كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والثاني بالنص فان قيل النص انما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله و بعولتهن أحق بردهن أعم من الطلاق الصريح وغيره لان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا يذهب مالها ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال أو ثلاثا واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف

الله ورواية الفوائد الظهيرية فالخمسة المروية عن أبي يوسف رحمه الله ملحقة بالالفاظ التي لا يدين الزوج في حالة الغضب أيضا كما لا يدين في حالة مذاكرة الطلاق وهي اعتدي اختاري أمرك بيدك (قوله والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها) وهذا لانه لو أراد ان لا يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصد ولا ينسد عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكن من ذلك الا باثبات البينونة الخفيفة لان في الغليظة ان لم يقع في عهدتها

قال المصنف (ولنا ان تصرف الابانة الخ) أقول ولابد في هذا المقام من المراجعة الى ما ذكره العلامة ابن الهمام لينجلي عليك غياهب الاوهام (قوله وأما المحلية فثابتة) أقول كما في الخلع والطلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الابانة بوجهين الخ) أقول وانت خبير انه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين باثبات المطلوب فالوجه عدهما وجها واحدا كما لا يخفى (قوله فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه الخ) أقول فيه بحث فانه لا حاجة الى جعل الكلام الزاميا ولو صح ما ذكره يلزم فساد النكتة لا محالة اذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل

والاولى أن يفسر قوله كي لا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يقبل الرجوع ثم يبدو له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح وأما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الابانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف ابانة فلابد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من أهله والجواب ان هذا الدليل يدل على أن الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لابد منها وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة وقوله (وليست كنايات على التحقيق) جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها (وقوله والشرط تعيين أحد نوعي البينونة) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة

وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق

الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا أثبتها بقوله الحاجة ماسة الى اثبات الابانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته لانه لو أبانها بالثلاث عصى ولو طلقها رجعيا ربما تتراءى له مصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدي الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه في هذه العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان تشرع له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كي لا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان تفاجئه المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريدها فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كي لا تفوت هذه المصلحة ودفع بان هذه مصلحة وثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع ان الانسان محل التغير مصلحة أخرى آكدة اذ كثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة بيسير من الاحتراس من مفاجئتها مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان أردت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة أو تفريق الثلاث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة في أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققناه بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من الفطام هذا ولا يخفى ان المعنيين أعني عدم انسداد باب التدارك و باب الرجعة اذا تغير رأيه من

بالرجعة بلا قصد بان قبلته بشهوة ينسد عليه باب التدارك بالنكاح وهو يحتاج الى أن يتحقق له هذان الامران عدم الوقوع بالرجعة بلا قصد وعدم انسداد باب التدارك ولا يتم ذلك الا بثبوت الواحدة البائنة وكان القياس في الصريح هكذا الا ان الرجعة بعده ثبتت نصا بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس نصا لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذه ليست في معناه لان تأثير هذه الالفاظ في المحل أكثر (قوله وليست بكنايات على التحقيق) جواب عن قول الشافعي رحمه الله لانها كناية عن الطلاق (قوله والشرط تعيين أحد نوعي البينونة) المراد من نوعي البينونة هنا البينونة عن النكاح وعن غيره لا البينونة عن النكاح خفيفة وغليظة هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله انه يشترط نية الطلاق ولولا ان الواقع طلاق لما احتيج الى

(قوله ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة الى قوله فلابد من اثباته الخ) أقول فيه بحث اذ يعلم ذلك من قوله وليست كنايات الخ (قوله وتقريره ان الكناية عن الطلاق) أقول قيل بل تقريره لا نسلم انها كنايات عن الطلاق حقيقة فانها عوامل في حقائقها فاطلاق الكناية عليها مجاز وفي ظاهر تقرير الشارح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه ويجوز أن يجاب عما ذكر لا فساد في ذلك فان الامر كذلك لكنه مجاز على ما ينادي عليه كلامه (قوله وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة الخ) أقول فيه بحث فان المستفاد من كلامه ان البينونة النكاحية تحصل لا محالة بحقيقة كلامه والتردد في الغليظة والخفيفة وليس كذلك ولو صح لحصلت البينونة الخفيفة في حالة الرضا بلا نية لانها الادنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعي البينونة عن وصلة النكاح والنوع الآخر البينونة عن غيرها فليتامل

وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل (وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالاولى طلاقا و بالباقى حيضا دين فى القضاء) لانه نوى حقيقة

باب دفع المفسدة لا لجلب المصلحة والوجه فى الاستدلال أن يقال لما أثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد أثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان أى المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاث بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بفم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وأيضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك وحين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال لان شرع الايقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أبا ركانة حين طلقها البتة انه ما أراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل فى حقائقها يعنى لا تردد فى المراد للقطع بان معنى بائن الحقيقى الذى هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو فى متعلقها أعنى الوصلة وهى أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد فى كونه بالنسبة اليه أو الى غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما أطلق عليه كناية مجازا للتردد فى ذلك المتعلق الذى به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوى المجاز بل قد تكون حقيقة لانها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها وقد حقق فى نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل ليغبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه أنه مشترك معنوى من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والوجه أن يقول انها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة أعنى التمليك فهو مجاز عن رددتك على ما قدمناه وقياس الباقى سهل و بهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هى معنى اللفظ الدائر فى الافراد وهى متنوعة الى غليظة وهى المترتبة على الثلاث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فايهما أراد صح و يثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله فى ذلك و بارسال لفظ الثلاث بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعى لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفناه فى فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليه فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل وتقرير المصنف أن الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعى و ينتقص به وهو بناء على انه غيره وأنت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها فى الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد أن يستعقب فى غير الفسخ النقصان والاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد (قوله ولا تصح نية الثنتين) أى بالكنايات عندنا خلافا لزفر وقد بيناه من قبل فى باب ايقاع الطلاق فى التطليق بالمصدر (قوله ولو قال لها اعتدى اعتدى اعتدى)

نية الطلاق أو هو جواب لسؤال يرد على قولنا وليست كنايات وهو انها لو لم تكن كنايات لما احتيج الى النية فقال شرطت النية لتعيين أحد أنواع البينونة لما تزاحمت جهات البينونة (قوله وقد بينا من قبل) اشارة

وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله (وانما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل فى حقائقها لما صح نية الثلاث فى قوله أنت بائن مثلا كما لا تصح فى قوله أنت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل فى حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن (ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل) يعنى فى أوائل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا الخ وقوله (وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) وقال نويت بالاولى طلاقا و بالثانية حيضا دين فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيأ لم يقع شئ نوى بالاولى طلاقا لا غير وقع

(قوله كما لا تصح فى قوله أنت طالق لانه عامل بنفسه) أقول فيه ان عدم صحة النية ليس لكونه عاملا بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذى هو صفة المرأة كذلك كما سبق

كلامه

كلامه ولانه يأمرها أنه فى العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وان قال لم أنو بالباقى شيأ فهى ثلاث) لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق فى نفى النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه و بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

هذه المسئلة تحتمل وجوها أن ينوى بكل من هذه الالفاظ طلاقا أو بالاولى طلاقا لا غير أو بالاولى حيضا لا غير أو بالاوليين طلاقا لا غير أو بالاولى والثالثة طلاقا لا غير أو بالثانية والثالثة طلاقا و بالاولى حيضا وفى هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثا أو ينوى بالثانية طلاقا لا غير أو بالاولى طلاقا و بالثانية حيضا لا غير أو بالاولى طلاقا و بالثالثة حيضا لا غير أو بالاخرين طلاقا لا غير أو بالاوليين حيضا لا غيرا أو بالاولى والثالثة حيضا لا غير أو بالاولى والثانية طلاقا و بالثالثة حيضا أو بالاولى والثالثة طلاقا و بالثانية حيضا أو بالاولى والثانية حيضا و بالثالثة طلاقا أو بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لا غير وفى هذه الاحد عشر تطلق ثنتين أو ينوى بكل منها حيضا أو بالثالثة طلاقا لا غير أو بالثالثة حيضا لا غير أو بالثانية طلاقا أو بالثالثة حيضا لا غير أو بالثانية والثالثة حيضا و بالاولى طلاقا أو بالاخرين حيضا لا غير وفى هذه الوجوه الستة تطلق واحدة أو لم ينو بكل منها شيأ فلا يقع فى هذا الوجه شئ والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق فى عدم نية شئ بما بعدها و يصدق فى نية الحيض لظهور الامر باعتداد الحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشئ صح وكذا كل ما قبل المنوى بها و نية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوى بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت بها حالة المذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور لها بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان الخطاب مع من هى من ذوات الحيض فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت

الى قوله فى أوائل باب ايقاع الطلاق ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا الى آخره وقوله انما تصح نية الثلاث جواب سؤال أيضا وهو ان لفظ البائن لو كان عاملا بنفسه لما صح نية الثلاث عندكم كما لا تصح نية الثلاث فى قوله أنت طالق عندكم لانه عامل بنفسه قلنا صح نية الثلاث لتنوع البينونة الى خفيفة وغليظة (قوله وان قال لم أنو بالباقى شيأ فهى ثلاث) لانه لما نوى بالاولى وقوع الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق فى نفى النية أى قضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى كما اذا قال نويت بالكل تطليقة واحدة فهى كذلك فيما بينه وبين الله تعالى وأما فى القضاء فهى ثلاث لانه لما نوى الطلاق بها صار كانه قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولو قال ذلك وقال عنيت به التكرار صدق فيما بينه و بين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لان التكرار يدخل فى الكلام فكان محتمل كلامه ولكنه خلاف الظاهر لانه لا يفيد والقاضى مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه و بين الله تعالى ولا يصدق قضاء فان قيل ينبغى ان لا يقع فى قوله لم أنو بالباقى شيأ لان الكلام متى أمكن حمله على الحقيقة لا يجوز حمله على المجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف فى مسئلة لا أشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لا يحنث أبدا وهنا أمكن حمله على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها فاولى ان لا يقع قلنا لما أراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة أيضا وذكر الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله والامام قاضيخان رحمه الله هذه المسئلة على اثنى عشر وجها أحدها ان يقول لم أنو الطلاق بشئ منها وفى هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثانى

ثنتان نوى بالثانية طلاقا و بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاخرين طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا و بالثالثة حيضا وقعت ثنتان توى بالاولى والثالثة طلاقا و بالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا و بالاولى حيضا وقعت ثلاث نوى بالاولى والثانية حيضا و بالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا و بالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا و بالاولى طلاقا وقعت واحدة و بناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق

قال المصنف (حال مذاكرة الطلاق) أقول قد ظهر مما ذكر ان حالة مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من انها حال سؤالها أو سؤال الاجنبى طلاقها بل هى أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع (قال المصنف فتعين الباقيان) أقول من قبيل اطلاق الجمع على المثنى

وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول

بالاول طلاقا وبالباقى تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التاكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضى لا يحل لها أن تمكنه من نفسها اذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه وقد ظهر مما ذكر ان حال المذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدمه من انها حال سؤالها أو سؤال أجنبى طلاقها بل هى أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا القائل أن يقول المذاكرة التى تصير الكناية معها ظاهرة فى الايقاع انما هى سؤال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر فى قصد الايقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا فى الايقاع حتى لا يقبل قوله فى عدم ارادته بالكناية (قوله وفى كل موضع يصدق الزوج فى نفى النية انما يصدق مع اليمين الخ) قدمنا بيانه ونقله من الكافى للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفى التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم *(فروع)* طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنة صارت بائنة وقال محمد لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا تكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد فى الاول ان جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قلنا ملك البائن لما ذكرناه قريبا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك المبيع النافذ كان مالكا لاصله ووصفه وملك الحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولى واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحق الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافا للشافعى ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت فانت بائن ينوى الطلاق ثم أبانها فدخلت فى العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى الخلع ثم قال تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن أبى سعيد الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة وهذا القيد الحكمى باق لبقاء أحكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف فى المحل كالحيض ولهذا الحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع وأما عدم لحوق البائن البائن فلامكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضرورى حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغى أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة فى المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فيجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لانه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر وأورد عليه ان مثله لازم فى أنت طالق أنت

ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم أنو بالباقيتين شيأ أو يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيأ أو يقول نويت بالكلمات كلها الطلاق ففى هذه الوجوه تطلق ثلاثا لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقى طلاقا نوى أو لم ينو لان الاولى رجعى فيلحقه الباقى والخامس واذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين فى القضاء لما ذكر فى الكتاب والسادس أن يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو مدين أيضا فى القضاء ومطلق ثنتين لما قلنا والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثالثة الحيض ولم أنو بالثانية شيأ فانها تطلق ثنتين فى هذين الوجهين لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينو فيه شيأ فهو طلاق وان قال لم أنو بالاولى والثانية شيأ وعنيت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى

> (وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول

الامين مع اليمين

طالق فلزم أن لا يلحق الصريح أجيب بانه لا احتمال فيه لان أنت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال أردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفى مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذى وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف من استدلالهم الذى أطبقوا عليه ان المراد من البائن الذى لا يلحق ماهو بلفظ الكناية لانه هو الذى ليس ظاهرا فى انشاء الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق وأنت بائن ولانهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح أعم من البائن لانه مالا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا والكناية مما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها فى غير الالفاظ الثلاثة اعتدى استبرئى رحمك أنت واحدة الا بائن وفى الخلاصة نقلا من الزيادات الذى يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذى يلحق البائن لا يكون رجعيا لانه لا يتصور لان البينونة السابقة تمنع الرجعة التى هى حكم الصريح غير المقيد بالبائنة ماذكر من انه اذا أبانها ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء ومازاد فى تعليل الالغاء فى هذه المسئلة فى الحاوى من قوله يلغو تصحيحا للكلامه لامعنى له وعلى مجرد الالغاء اقتصر فى الخلاصة وبحله ماذكرنا وعلى هذا فما وقع فى حلب من الخلاف فى واقعة وهى ان رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا فى العدة الحق فيه انه يلحقها لما سمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان المراد بالبائن الذى لا يلحق هو ما كان كناية على ماوجهه الوجه وفى الحقائق لو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال هكذا لامر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغى أن يقع آخر وقال هذا ينبغى أن يحفظ *(تتمة)* فى الشهادة على الطلاق من الكافى للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله فى كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لان البينة تكذبهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق احداهن بغير عينها ألزمناه الايقاع على احداهن استحسانا وفى القياس هو كالاول ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبى حنيفة وعندهما تجوز على طلقتين وتاتى هذه فى الهداية فى باب الاختلاف فى الشهادة واذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضى أن يضعها على يد عدل حتى تاتى بالآخر لا يفعل ويدفعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا وادعت ان بقية الشهود بالمصر وشاهدها عدل فان أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما تصنع فى شاهدها الآخر فهو حسن وان دفعها للزوج لا باس به ولو شهد أحدهما انه طلقها ثلاثا والآخر انه قال أنت على حرام ينوى الطلاق فهى باطلة وكذا لو شهد أحدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا فى ألفاظ الكنايات وكذا فى مقادير الشروط التى علق عليها فى التعليق والارسال ومقادير الاجعال وصفاتها وفى اشتراطها وحذفها واذا شهد أنه قال ان دخلت فلانة الدار فهى طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت ففلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف والاصل عنده انهما فى العطف تصح فى المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه بخلاف البائن فاذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذى شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها وسياتى هذا الاصل

والثانية فلا يقع بهما شئ وانما يقع بالثالثة لاجل النية وكذا لو قال لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهى واحدة والحادى عشر هو ان يقول لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيأ فهى ثنتان لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى فلا يقع بها شئ والثانية

> الامين مع اليمين) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(باب تفويض الطلاق)

(فصل) فى الاختيار (واذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق أو قال لها طلقى نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك فان قامت منه أو أخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها) لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين

فى باب الاختلاف فى الشهادة ولو شهدا انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على انه سمى الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهدا انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهدا انه قال طالق والآخر انه أقر بالطلاق جازت وكذا ان اختلفا فى الوقت أو المكان أو الزمان بان شهدا انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها فى ذلك اليوم بالكوفة فهى باطلة لتيقن كذب أحدهما ولو شهدا بذلك فى يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر انه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأتيه أيتكما أكلت هذا فهى طالق فجاءت كل ببينة انها أكلته تطلقان جميعا وان جاءت احداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانتا أكلتا لم تطلقا

(باب تفويض الطلاق)

(فصل فى الاختيار) لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع فى بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير و بلفظ الامر باليد و بلفظ المشيئة (قوله اذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق) يعنى ينوى تخييرها فيه (قوله أو قال لها طلقى نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك) وان طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالاعمال (فان قامت منه أو أخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر واختلفوا فى الرجل يخير زوجته فقالت طائفة أمرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم أجمعين وفى أسانيدها مقال وبه قال جابر ابن عبد الله وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبى والنخعى ومالك وسفيان الثورى والاوزاعى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وفيه قول ثان وهو ان أمرها بيدها فى ذلك المجلس وفى غيره وهذا قول الزهرى وقتادة وأبى عبيد وابن نصر وبه نقول و يدل على صحته قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك وحكى صاحب المغنى هذا القول عن على فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن على لم تستقر فقد روى عنه كقول الجماعة ولذا نص فى بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم فى الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادامت فى مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم وأين من نقل عنهم من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثانى وقوله فى أسانيدها مقال لا يضر بعد تلقى الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله

صارت طلاقا بالنية والثالثة ذكرت فى حال مذاكرة الطلاق فصار طلاقا والثانى عشر اذا قال اعتدى ثلاثا وقال نويت بالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال فى القضاء أما نية الطلاق فى قوله اعتدى صحيح لما قلنا و يلزمها الاعتداد بثلاث حيض فكان الظاهر شاهدا فيما نوى ونصب الثلاث دل على ذلك كانه قال بثلاث حيض والله أعلم بالصواب *باب (تفويض الطلاق)*

(فصل فى الاختيار) (قوله لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم) روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضى الله عنهم قالوا فى الرجل يخير امرأته ان لها الخيار

(باب تفويض الطلاق) لما فرغ من تصرف نفس الرجل فى الطلاق شرع فى بيان التصرف الحاصل فيه من غيره فى باب على حدة وأخره لان الاصل تصرف المرء لنفسه

(فصل فى الاختيار) هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضى أن لا يقع بهذا شئ وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لا يقع شئ ومن لا يملك شيأ لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت فى مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن

(باب تفويض الطلاق) (قال المصنف ينوى بذلك الطلاق) أقول أى تفويض الطلاق فالمضاف محذوف

ولانه

غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع وقوله (ولانه تمليك) دليل معقول على أن الاصل أن يقتصر الجواب على المجلس كما فى البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التابيد يتأبد لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة والمصنف جعله كالبيع فى كونه تمليكا ثم لا يخلو اما أن يكون البيع مما يتابد أو مما لا يتابد فان كان الاول بطل القياس أعنى قياس المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثانى كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ماذكره صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضى أن يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضى أن يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا وأورد على ذلك شبها أحدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه فى ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس وملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقى نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هى نفسها حنث الزوج فى يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث وأجاب عن الاول بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع فى ضمن صحة وكالته والضمنى غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز أن يقال مثله فى التخيير بانها تعمل لنفسها فى ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه فى الاجوبة لا يخلو عن ضعف بطول الكلام بذكره (وأقول) التمليك هو الاقرار الشرعى على محل التصرف والتوكيل هو الاقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية أن التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور فى الزيادات ثم ان المرأة اما أن تختار زوجها أو نفسها فان

ولانه تمليك الفعل منها

جيدة وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلى الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهى ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها ألا ترى الى قوله تعالى فى الآية التى هى سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا (قوله ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعى جوابا فى المجلس) أورد لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق فى ذلك المجلس لاستحالة كون الشئ مملوكا كله لاكثر من واحد فى زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقى نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد على انه يحنث وهو يقتضى أن تكون نائبة عنه لا مالكة وأيضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها وأجيب بان المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقها اثم على نفس الفعل ولا خلف فى عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخلف ان لم يفعل و يتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا ولزوم انتفاء الملك بالتمليك فى الاعيان لا فى ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كملا وهو الاقتصاص ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد والمنع مذكور فى الزيادات لصاحب المحيط وأما المديون فوكيل وانما وقع عمله فى الابراء لرب الدين باعتبار أمره وثبت أثر التصرف لنفسه فى ضمنه وهو فراغ ذمته وفى هذا نظر نجريه فى تطليقها نفسها بان يقال هى وكيلة فهى فى نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن أن يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذى يستدعيه التمليك هو القبول فى المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال فى الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر

مادام فى مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها (قوله ولانه تمليك الفعل منها) فان قيل ينبغى ان لا يبقى للزوج ولاية التطليق بعد التمليك كما فى تمليك الاعيان قلنا هذا الملك ثابت بطريق الضرورة اذ

اختارت زوجها لم يقع شئ وقال على رضى الله عنه تقع تطليقة رجعية كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما انه لا يقع فى ذلك شئ قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فهى

(قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول يجوز أن يكون ماذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ (قوله أعنى قياس المصنف التخيير على البيع لانه الخ) أقول ضمير لانه راجع الى التخيير قال المصنف (لان ساعات المجلس) أقول هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لا يخفى قوله (وهو لا يصح) أقول ولك ان تمنع ذلك فى الافعال قوله (وقع فى ضمن صحة وكالته الخ) أقول أى فى ضمن عمله للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الابراء بخلاف الاختيار فلا يتجه حينئذ ما أورده الشارح فليتامل (قوله والجواب عن الثانية الخ) أقول فيه بحث اذ ماذكره يجر الى أن يوجد التمليك والتملك ولا يحصل الملك للمتملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضى الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول لم يكن التخيير الذى فيه الكلام وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها ألا يرى الى قوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ففى صحة النقل كلام وسيجئ زيادة كلام متعلق بالمقام

والتمليكات تقتضى جوابافى المجلس كما فى البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الاان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما و يبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية فى قوله اختارى لانه يحتمل تخييرها فى نفسها و يحتمل تخييرها فى تصرف آخر غيره (فان اختارت نفسها فى قوله اختارى كانت واحدة بائنة) والقياس أن لا يقع بهذا شئ وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره

التمليكات من حيث انه يبقى الى ماوراء المجلس ان كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان هذا التمليك بخصوصه لا يستدعى الجواب الذى يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالمالك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن فى سائر الوكالات لتضمنها معنى ان بعته فقد أجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضى أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة اليه لهذا المعنى لابتنائه على ماذكرنا لكن اذا كان الملك يثبت فيه بالمالك وحده لم يصح القول بانه يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ماوراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التى يثبت الملك عندها وانما خالفها بما ذكرنا و باعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس فى الخطاب المطلق أما لو قال طلقى نفسك متى شئت فهو لها فى المجلس وغيره واذا فوض وهى غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها فى ذلك اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الامر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهى غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها فى المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ماهو التحقيق (قوله اذ مجلس الخ) لو كانا يتحدثان فأخذا فى الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع التأمل ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا بخلاف مالو أكلت مالبس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به و وجه بان فى الاقامة انها يمكنها ممانعته فى القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا اذا خاضت فى كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا فى حديث غيره أفاد انه اعراض عن الاول (قوله ثم لابد من النية) أى نية الطلاق فى قوله (اختارى لانه يحتمل تخييرها فى نفسها) بالاقامة على النكاح وعدمه (ويحتمل تخييرها فى غيره) من نفقة أو كسوة فاذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه أما اذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم أنو الطلاق لا يصدق فى القضاء وكذا اذا كانا فى غضب أو شتيمة واذا لم يصدق فى القضاء لا يسع المرأة أن تقيم معه الا بنكاح مستقبل (قوله والقياس ان لا يقع بها شئ) لان التمليك فرع ملك المملك

من المحال ان يقوم ملك التطليق القائم بالرجل بعينه بالمرأة بل يقوم بها مثل ماقام به فصار بمنزلة التوكيل حيث بقيت الولاية للموكل وكان القياس ان يبقى بعد المجلس الا أنه اقتصر على المجلس لما ذكرنا من اجماع الصحابة رضى الله عنهم على انا نقول التضايق انما يكون فى الاعيان المحسوسة فان العين المحسوسة اذا كان كله ملكا لاحد استحال الملك فيه لغيره فيلزم من ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب فاما لا تضايق فى الولايات الشرعية ألا ترى ان الاخوين تثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج أختهما كملا (قوله والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس) وانما كان كذلك دفعا الضرر المالك وهذا لان الزوج انما خيرها لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه وكذا البائع يتضرر بخيار القبول بعد مرور الايام اذ البائع لا يطلب مشتريا آخر اعتمادا على قبوله (قوله لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة) حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لا يقع

واحدة بائنة عندنا وهو قول على لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك فى البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم

الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضى الله عنهم ولانه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه فى حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك فى البائن (ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع قال (ولابد من ذكر النفس فى كلامه أو فى كلامها حتى لو قال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو فى المفسرة من أحد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الآخر ولا تعيين مع الابهام (ولو قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له

وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسى منك أو اخترتك من نفسى ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضى الله عنهم (قوله ولانه بسبيل الخ) ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس و يقتضى الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضى ذلك وانما يقتضى جواز اقامتها مقامه فى الفراق ولا تلاقى بينهما بل يقتضى ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (قوله ثم الواقع بها بائن) روى عن زيد بن ثابت انه ثلاث وبه أخذ مالك فى المدخول بها وفى غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعى وأحمد وثبت عن على رضى الله عنه ان الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بان الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وأنت علمت انه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسى بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها اذا اختارته لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها شاءت أو أبت وقد روى الترمذى عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول على وعمر وابن مسعود ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث فى قوله اختارى وان نواها بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أى بائن ونحوه لان الوقوع مقتضى نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهى متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص (قوله ولابد من ذكر النفس فى كلامه أو كلامها) يعنى أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة

شئ (قوله ثم الواقع بها بائن) وهو قول على رضى الله تعالى عنه وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما واحدة رجعية وعلى قول زيد رحمه الله اذا اختارت نفسها فثلاث فكانه حمل هذا على أتم ما يكون من الاختيار وعمر وابن مسعود حملاه على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ولكنا نأخذ فى هذا بقول على رضى الله تعالى عنه كذا فى المبسوط (قوله ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لا يتنوع لانه ينبئ عن الخلوص والصفوة وذلك لا يتنوع لان الصفوة اذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لا تزداد هى بانضمام شئ آخر به ولان الاختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص وثبوت البينونة فيه مقتضى ثبوت الخلوص والصفوة فلم يصح فيه نية العموم ولانه انما صار طلاقا باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا خلاف فى الواحدة فثبتت بخلاف الابانة لان البينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة و بخلاف الامر باليد فان الامر اسم عام يتناول كل شئ قال الله تعالى والامر يومئذ لله أراد الاشياء كلها و بخلاف قوله طلقى نفسك فانه مختصر قوله افعلى فعل التطليق فكان هو محتملا للعموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوى العموم فيصح (قوله ولابد من ذكر النفس) أى نفس المرأة أو ما يقوم مقام ذكر النفس من التطليق أو الاختيارة أو ما يكون

(وقوله ولابد من ذكر النفس فى كلامه أو كلامها) قال فى النهاية هذا ليس بمنحصر بذكر النفس فى حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس فى أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس فى أحد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله (حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت فهو باطل) قيل هذا اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها أما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله (ولا تعيين مع الابهام) يعنى ان اختارى من الكنايات يحتمل معنيين فلابد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله (ولو قال اختارى نفسك) ظاهر

قال المصنف (لانه عرف بالاجماع) أقول أى لان وقوع الطلاق بلفظ الاختيار قال المصنف (وهو فى المفسرة) أقول أى وقوع الطلاق بذلك اللفظ

فيتضمن اعادته (وكذلو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت) لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة و يتعدد أخرى فصار مفسرا من جانبه (ولو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج) لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه

وكذا اذا قالت اخترت أبي وأمي أو الازواج أو أهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر وكذا أهلي لان السكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا انطلق بقول الزوج الحقي باهلك بخلاف قولها اخترت قومي أو ذا رحم محرم لا يقع و ينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها أب أو أم اما اذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء في أحد الكلامين لانها ان كانت في كلامه تضمن جوابها اعادته كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة في اللفظ العامل في الايقاع فالحاجة معه ليس الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت بخلاف ما اذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم اذ لفظه حينئذ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره وأيضا الاجماع انما هو في المفسر من أحد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا الامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلا كاسقني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي أو زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفا على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة (قوله وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ) يعني ان ذكره الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة وجهه بان الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتعدد مرة بان قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة و يتعدد أخرى بان قال لها اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث فلما قيد بالوحدة ظهر انه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فالزام التناقض بانه أثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلاثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع مندفع لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة أو أهلي ونحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر وأما خصوص لفظ المفسر فعلوم الالغاء واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينة غير لفظية يوجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيأ رواه الستة

كناية عن ذلك في كلامه أو كلامها بان قال لها الزوج اختاري نفسك أو قال لها اختاري اختيارة وقالت اخترت أبي أو أمي أو أهلي أو الازواج وكان القياس في قولها اخترت أبي أو أمي ان لا يقع شيء لانه لم يوجد في لفظها ما يدل على اختيار البينونة لكنا استحسنا فنوقع لان الزوج لو قال لها الحقي باهلك ونوى الطلاق يكون طلاقا فكذلك اختيارها الا انه ميام اليهم اختيار للبينونة كذا في الايضاح (قوله لان اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة) بان قال لها اختاري نفسك بطلقة و يتعدد أخرى بان قال لها طلقي نفسك بما شئت أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات والتفرد والتعدد من خواص الطلاق أما اختيارها زوجها فانه لا يتعدد لانه عبارة

وقوله (فيتضمن اعادته) أي اعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس وقوله (وكذا لو قال اختاري اختيارة) بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير (لان الهاء) أي التاء (في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد) لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة (و يتعدد أخرى) بان قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسرا من جانبه) بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله (ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي) ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه

سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة (ولو قال اختاري فقالت أنا اختار نفسي فهي طالق والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد) يعني ان أرادت الاستقبال (او يحتمله) ان لم ترده (فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي) فانه لا يقع الطلاق بهذا (وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني مخبرك بامر فلا تجيبيني حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا أستأمر أبوي لا بل اختار الله و رسوله والدار الآخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مراده (كما في كلمة الشهادة) فان الرجل اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال أشهد بكذا فلا يصار الى المجاز (بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر) اذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قولها أطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه (ولا كذلك أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة

(ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق) والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد أو يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل أختار الله و رسوله اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة بخلاف قولها أطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها

وفي لفظ في الصحيحين فلم يعدد يفيد عدم وقوع شيء (قوله فقالت أنا أختار نفسي) المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسي سواء ذكرت أنا أولا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت أنا أطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده أعتق رقبتك فقال أنا أعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال اني ذاكر لك أمرا ولا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وقد علم ان أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الى قوله أجرا عظيما فقلت ففي هذا أستأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت وفي لفظ مسلم بل اختار الله ورسوله واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا المتكلم فيه بل انهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لان المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) هو أحد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال على ما ذهب اليه بعضهم أو يحتمله ان كانت مشتركة فقوله (بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها الى آخر الحديث) أقول فيه بحث لقدم وجهه ولك أن تقول لا تمس الحاجة في تصحيح التعليل الى جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام قال المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال) أقول أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطاري على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فان ذلك بحسب الوضع الاصلي قال المصنف (لانه ليس حكاية عن حالة قائمة الخ) أقول فان قيل لو صح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مرادا به الحال اذ لا يمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فان الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب قلنا هو حكاية عما في حيز أشهد من قولنا لا اله الا الله مع الاعتقاد لمضمونه وذلك القول وان كان موجودا بعد أشهد الا أن الاعتقاد القلبي وهو العمدة لما وجد حين التلفظ بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقيبه بلا فصل عد حالا على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا فراجعه (قوله ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه) أقول الاولى أن يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكي وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لا تصح الحكاية عن الحالة المستقبلة هف ويمكن أن يؤول تعليله بما قلنا ومراده أن الحكاية على أي وجه كانت تقتضي وجود المحكي

(عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد (قوله وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها) وهو ما روي لما)

(قوله يعني ان أرادت الاستقبال أو يحتمله ان لم ترده) أقول فيه تامل فانه اذا لم ترد الاستقبال كيف يحتمل الوعد ولعل الاولى أن يقال مجرد وعد ان وضعت للاستقبال فقط

واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان أحد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة

الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل (وأقول) بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول أو وظيفة البيان وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم وأهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لان الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف قال (ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما

تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية) وان كانت من الكنايات (لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام قالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكأنها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار لي بالكلمة الاولى والذي صار لها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر على ذلك الوجه ان حالا فحالا وان استقبالا فاستقبالا (قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول لا يخفى ان جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل و بمثله الكتب مشحونة بل لنا أن نقول قول المصنف ولان هذه الصيغة الخ اشارة لا الى منع المقدمة القائلة في وجه القياس ان هذا مجرد وعد الخ مع السند فجواب صاحب النهاية حاصله ان ما ذكر كلام على السند الاخص فان تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه (أقول فيه بحث فان المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك انه بحث لغوي وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم في نقلها الا كونها حقيقة ومجازا فليتأمل قوله (قالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب الى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا) أقول آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب وفي أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فانه لا يوافق المشروح أيضا ولا يدفعه ما ذكر فيه من رض الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف

ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج (وقالا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر ولهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان

خاصا أو مشتركا كالغطاء رجح هذا ارادة أحد مفهوميه أعني الحال بقرينة بكونه اخبارا عن أمر قائم في الحال وذلك ممكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن أمر قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على أن الايقاع لا يكون بنفس أطلق لانه لا تعارف فيه وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار (قوله ولا يحتاج الى نية الزوج) ولا الى ذكر نفسها ذكره في الدراية لان في لفظها ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى لو قال لم أنو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما لا عدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بالف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا لما عرف أن الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضيخان لو كرر فقال أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق في المسئلة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما وشرط أبو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان ومنهم من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع الكبير لان ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي اذا أنكر ارادة الطلاق وأما ما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الامر أي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الامر لان الاصل ان اثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من انه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنوه فالقول قوله

نزل قوله تعالى يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الآية بدأ رسول الله بعائشة رضي الله تعالى عنها فقال لها اني مخبرك فلا تجيبيني حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا

وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى وأختاها واذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد أيضا لان الترتيب فيه أصل

بدلالة الاشتقاق والافراد من ضرورته واذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء واذا لغا في حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين أحدهما انه أطلق الكلام على الاولى أو الوسطى أو الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاولى اسم لفرد سابق وكان الافراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني بان كلا من ذلك صفة والصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب أصل والافراد من ضرورته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا) وهو واضح (ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة) يعني في جواب من قال اختاري

لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضرورته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا) لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى (ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة

لانه ماض الوجه به لان تكرار أمره بالاختيار لا يصيره ظاهرا في الطلاق لجواز أن يريد اختاري في المال واختاري في المسكن ونحوه وهو كاعتدي اعتدي اعتدي حيث يصدقه في انكار نية الطلاق لامكان ارادة اعتدي نعم الله ومعاصيك ونعمي وما في البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقيين التأكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير كذلك (قوله ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب) يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك أعني الثلاث التي ملكتها بقوله اختاري ثلاث مرات اذ حقيقة الترتيب في أفعال الاعيان كما يقال صام حج لم يجز ابطال الآخر فيجب اعتباره (قوله والكلام للترتيب) ذكر في المبسوط لابي حنيفة وجهين أحدهما ان الاولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكورا موصوفا به والمذكور ضمنا الاختيارة فكأنها قالت اخترت الاختيارة أو المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا والآخر انها أتت بالترتيب لا فيما يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وهذا تتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما ان كان لا يفيد الترتيب الخ لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر حتى اذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء وهو الافراد واذا لغيا بقي قولها اخترت وهو

استأمر أبوي لا بل اختار الله ورسوله وجعل رسول الله عليه الصلاة والسلام هذا الكلام منها ايجابا بخلاف قولها أطلق نفسي لانه تعذر جعله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة لانه لا حال ههنا حتى يحمل الكلام عليه من قبل ان الايقاع باللسان دون القلب فلم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه (قوله كالمجتمع في المكان) فالقوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخرا فاذا الغا ذلك بقي قولها اخترت ولان الاولى والوسطى كما يصلح نعتا للتطليقة يصلح نعتا للاختيارة الحاصلة منها ولو اقتصرت على قولها اخترت كان جوابا للكل فلا يتغير ذلك بكلام محتمل بخلاف ما لو اختارت التطليقة لان التطليقة لا تتناول الثلاث فاذا الغا ذلك في حق الاصل وهو الترتيب الغا في حق البناء وهو الافراد بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث فان قيل فاذا الغا في حق الترتيب بعدم امكانه فلم يلغو في حق الافراد وهو ممكن قلنا الكلام وضع للترتيب والافراد ثبت ضمنا وضرورة فحتى الغا الاصل الغا ما في ضمنه ضرورة فان قيل فينبغي ان لا يقع شئ لانه لما الغا ذكر الترتيب بقي قولها اخترت وبهذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم تقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه ما يدل على

(والكلام للترتيب) أقول اشارة الى الجواب عن قولهما ما قال المصنف (ولان الاختيارة للتأكيد) أقول فيه تأمل

(فهى واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ) يعنى قولها قد طلقت نفسى أو اخترت بتطليقة (يوجب الانطلاق) أى البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعى فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار الى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون وقوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المرأة انما

فهى واحدة يملك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة (وان قال لها أمرك بيدك فى تطليقة أو اختارى تطليقة فاختارت نفسها فهى واحدة يملك الرجعة) لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهى معقبة للرجعة بالنص

يصلح جوابا للكل فيقع ولذا اختار الطحاوى قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمنى فقد يكون أحد جزئى المدلول المطابقى هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفى التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا أو اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل أبى حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت فى اللفظ وان لم يكن ثابتا فى المعنى فصدق وصفها بالاولى والوسطى الى آخره باعتبار ان قوله اختارى اختارى جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت لفظتك الاولى أو كلمتك الاولى ولا معنى له أصلا بعد فرض اهدار وصف الطلاق به وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق ولو قال لها اختارى ثلاثا فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان يملك الرجعة (قوله فهى واحدة يملك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد فى الزيادات وفى الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما فى الهداية ووجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس فى الرجعى ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذى فوض به اليها والصريح لا ينافى البينونة كما فى تسمية المال فيقع به لانه لا يملك الا ما ملكت ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعى أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختارى حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقى نفسك حتى لا يقع به شئ الا عند زفر وسنذكر جوابه فى فصل الامر باليد (قوله لكن بتطليقة) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقى نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقى

ذلك وهو قوله اختارى ثلاث مرات وقيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لاشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب (قوله فهى واحدة يملك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة ومثله فى بعض نسخ الجامع الصغير والصواب انه لا يملك الرجعة وهكذا ذكر فى الجامع الكبير لان الاعتبار لجانب التفويض ألا ترى انه لو أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج (قوله وان قال لها أمرك بيدك فى تطليقة أو اختارى تطليقة فاختارت نفسها) أى قالت اخترت نفسى فهى واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهى معقبة للرجعة فان قيل قوله أمرك بيدك أو اختارى يفيد البينونة فلا يجوز صرفها عنه الى غيرها قلنا المقارنة بالصريح علم انه أراد به الرجعى كما لو قرن الصريح بالبائن بان قال أنت

تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الابانة لا غير والاصح من الرواية فهى واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر فى الكتاب والدليل أيضا يساعد ما ذكر فى عامة النسخ فانه ذكر فى الجامع الصغير لقاضيخان أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول أكثر من الواحدة وانما تكون بائنا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعى لا يثبت ملك النفس (وان قال لها أمرك بيدك فى تطليقة أو اختارى بتطليقة فاختارت نفسها فهى واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهى تعقب الرجعة) قيل فعلى هذا كان قوله هذا فى التقدير بمنزلة قوله طلقى نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقى نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقى لكونه أضعف من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا عم بالعكس لكون الطلاق أقوى وههنا لم يكن أضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له

(فصل)

(قوله قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب) أقول كيف يكون غلطا من الكاتب وقد علل به والجواب أن مرادهم ما وقع فى بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل

(فصل فى الامر باليد) أخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضى الله عنهم اذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم فى التخيير فى المسائل قال فى النهاية الا أن هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مالك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر فى الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لا يقع شئ وفى الامر باليد كذلك فينبغى أن لا يصح قياسا كما فى الاختيار الا اذا ثبت انه اذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدى وقع الطلاق فيندفع (واذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوى بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلاثة أما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين فى القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له وأما كيفية الدلالة على الثلاثة

(فصل) فى الامر باليد (وان قال لها أمرك بيدك ينوى ثلاثا فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد

نفسك أجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له *(فروع)* قال أنت طالق ان شئت واختارى فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار (ولو قال اختارى اختارى بالف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شئ والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما فى الاستثناء والشروط وكذا لو قالت اخترت نفسى اختيارة أو واحدة أو بواحدة ولو قالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة تطلق ثلاثا بالف على قول أبى حنيفة وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شئ ان قالت اخترت الاولى أو الوسطى) وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى أو الثانية وقعتا بلا شئ أو الثالثة بانت بالف ولو قال اختارى واختارى واختارى بالعطف بالف فالالف مقابل بالثلاث للعطف فلو قالت اخترت نفسى بتطليقة لم يقع شئ لان الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل ولم يرض ولو قالت اخترت الاولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختارى من ثلاث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبى حنيفة لا غير لان من للتبعيض وعندهما تملك ان تطلق نفسها ثلاثا لانها للبيان وهى معروفة

(فصل فى الامر باليد) قدم التخيير لتأيده باجماع الصحابة والامر باليد كالتخيير فى جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فانها تصح ههنا لا فى التخيير واعلم ان التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياس واستحسان وكذا صح التفويض بلفظ اختارى نفسك لانه يملك تطليقها فله ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه ولفظ اختارى نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختارى لتأيده باجماع الصحابة رضى الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان فى القياس والاستحسان فى الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به المملك اذ لا يكون ما فى ملكه أوسع مما فى ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان فان ايقاعها بلفظ اخترت نفسى يصح فى جواب أمرك بيدك كما يصح فى اختارى وأما الايقاع بلفظ أمرى بيدى ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا تحم حول الحمى وتترك النزول مخافة (قوله وان قال لها أمرك بيدك ينوى ثلاثا) أى ينوى التفويض فى ثلاث (فقالت اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد) وهنا مقامات الوقوع وكونه ثلاثا والوقوع مبنى على صحته جوابا فافاده بقوله لكونه أى الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقى نفسك فانه

طالق بائن فانه يتميز به انه أراد به البائن فان قيل لو كان جعل لها الاختيار بتطليقة كان قوله هذا فى التقدير بمنزلة قوله طلقى نفسك وقد ذكرنا ان قولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقى نفسك قلنا آخر كلامه لما صار تفسيرا للاول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا لذلك كذا ذكره الامام قاضى خان رحمه الله فى الجامع الصغير والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل فى الامر باليد)*

(فصل فى الامر باليد) (قوله كالحكم فى التخيير فى المسائل) أقول يعنى من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث وما اذا قالت اخترت نفسى بتطليقة فى جواب الامر باليد على ما ذكره المصنف (قوله الا اذا ثبت انه اذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدى وقع الطلاق فيندفع) أقول فيه بحث فانه اذا ثبت ما ذكره لا يفيد أيضا اذ مخالفة القياس فى التخيير من حيث ان المرأة تطلق بقولها اخترت نفسى فى جواب التخيير ولا يملك الزوج تطليقة بذلك اللفظ فيكون ما فى ملكها أوسع مما فى ملك مملكها وذلك كذلك هنا اذ تطليقها نفسها يكون هنا أيضا بلفظ الاختيار ولو قالت فى الجواب أمرى بيدى لا تطلق فليتأمل

فلان الواحدة صفة الاختيارة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة) أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهي في الاول الاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها او بذلك أي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الى اختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذلك (ولو قالت) يعني في جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحد نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارة لانها اعادة لبيان قرينة المحذوف وكأنه قال وهو في الاولى الاختيارة بدلالة اخترت عليها فتكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا أنها تكون بائنة لان أمرك بيدك من ألفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها أمرها فقوله في البائن خبران وتقريره التفويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها أمرها وأن تمليكه اياها أمرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المرأة كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على أن ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وان نوى الزوج الا أنا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد

لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث (ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة

تمليك كالتخيير ولا يصلح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء الا عند زفر رحمه الله وجواب شمس الائمة بان الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ولذا لو قالت طلقت نفسي فاجازه مبتدأ جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان أجازه ولا يملك هو الايقاع به فصلح الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بلا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا أو مساويا وفرق قاضيخان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين ثم أفاد الثاني بقوله (والواحدة) أي التي نطقت بها (صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على ان موجب وقوع الثلاث لو صرحت بقولها اختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار واذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بان يقع الثلاث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة وما لا يحصى من هذا الا يراد به الا بلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه وأورد بعضهم انه ينبغي ان يقع به طلقة واحدة لان بواحدة يحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون ارادة الموصوف طلقة أو اختيارة فاذا نوتها أولم تكن لها نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا أجابت بطلقت نفسي بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها

(قوله وهو في الاولى الاختيارة) وهو قولها قد اخترت نفسي بواحده وفي الثانية التطليقة وهو قولها قد طلقت نفسي بواحدة وانما كان كذلك لان الواحدة صفة فلا بد لها من موصوف وهو محذوف فوجب اثبات ذلك على حسب ما يدل عليه المذكور السابق والمذكور السابق في الاولى قولها اخترت فيجب اثبات الاختيارة التي تدل عليها اخترت وفي الثانية طلقت فيجب اثبات التطليقة ولا يجوز ان يكون الموصوف المرة على معنى طلقت نفسي مرة واحدة لانه لا دليل عليه فان قيل يدل عليه قوله أمرك بيدك اذ هو التفويض العام قلنا اثبات التطليقة أولى لكونها متيقنا بها (قوله لان التفويض في البائن ضرورة

(قوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف) أقول فيه ان التخيير مؤيد بالاجماع فيكون أقوى (قوله أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده) أقول تعليل لتفسيره (قوله لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف الخ) أقول فيه تأمل الا أن يقال يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة (قوله لكون الامر باليد الخ) أقول محل بحث والاصوب أن يقول والا لم تملك أمرها (قوله والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول فيه بحث ألا يرى الى ما قاله المصنف من ان الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها

الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من ألفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا عن صاحب النهاية في أول هذا الفصل (وانما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله أراد به الاشياء كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم (بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل) يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع وقوله (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق (وان ردت الامر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر في يدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين) يعني اليوم وبعد غد (بينهما وقت من جنسهما) يعني الغد (لم يتناوله الامر) فانها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا أمرين (فبرد أحدهما لا يرتد الآخر) وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم وقوله (اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل) دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى الادلاج ملبس وان كان ظاهرا وقال زفر هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد في كون أحدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التأقيت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره وأما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فيؤقت بالاول وجعل الثاني أمرا مبتدأ كأنه قال وأمرك بيدك بعد غد

ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت

بطلقت نفسي بواحدة حيث يقع واحدة بائنة واخترت نفسي بواحدة حيث يقع ثلاث وانما كان التطليقة بائنة لان التفويض انما يكون في البائن لانها به تملك أمرها وانما تملكه بالبائن لا بالرجعي واذا علم ان الامر باليد مما يراد به الثلاث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب يحلف انه ما أراد به الثلاث (قوله وقد حققناه من قبل) أي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع (قوله ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل الى آخره) حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين أحدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغد لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غدا أي نهارا وتملكه ليلا والفرق مبني على انه تمليك واحد في اليوم وغدا وتمليكان في اليوم وبعد غد وجعله زفر رحمه الله في الكل تمليكا واحدا في اليوم وبعد غد فلم يثبت الخيار بعد الغد اذا ردته اليوم قياسا على طالق نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحدا فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت واذا وقع تصير به طالقا في جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر أما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد أمر آخر بالثاني والا لم تكن لهذه الطفرة معنى واذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع الى ما بعده في الحكم المذكور ولانه صار عطف جملة أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد ولو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على ان على ما روى ابن رستم من انه اذا

ضرورة ملكها أمرها) أي الزوج ملكها أمرها بقوله أمرك بيدك ولا تملك أمرها الا اذا فوض اليها البائن فيصير التفويض في البائن ضرورة (قوله ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) وقوله بعد ذلك اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل تعليل لقوله لم يدخل فيه الليل ولما كان بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر علم انه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب أمر آخر فاما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم

(قوله قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء الخ) أقول قيل هذا خلط بين الكلامين المتدافعين وهل هذا الا خبط والجواب ان مراده بقوله اسم عام يتناول كل شيء هو التناول على سبيل البدل وارادة الاشياء كلها من قوله تعالى والامر يومئذ لله بواسطة الالف واللام الاستغراقية والمراد من قوله صلح اسما لكل فعل صلح اطلاقه لكل فعل

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته

انتهاء ملكها وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا انه يرتد بالرد ووفقوا بانه يرتد بالرد عند التفويض وأما بعده فلا يرتد كما اذا أقر بمال لرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح وحاصله انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط أو التمليك أما الاسقاط فظاهر وأما التمليك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان الخروج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال ان أكرتزوجتك فأمرك بيدك ثم طلقها بائنا أو خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة اضافته كما في المسئلة الآتية اذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان وسيأتي الكلام فيها (قوله وعن أبي يوسف انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران) حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها لزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص أبي يوسف الا لانه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لانه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بامر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في أنت طالق غدا وفي غد وفي جامع التمرتاشي أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لانها أوقات مترادفة فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيرتد بردها مرة وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لانها أوقات حقيقة (قوله واذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم وهذا أيضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها لا تصح اضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه في معنى التعليق فان قيل يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلاثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل

للمرأة ان تقول لا أقبل الامر باليد فيكون الامر في يدها من غير قبول منها فلا يرتد بردها كما انه ليس لها ان تقول لا أقبل ايقاع الطلاق بل يقع عليها من غير قبولها فلا يرتد بردها جعل ردها الامر في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس أو اشتغالها بعمل آخر وجه ظاهر الرواية ان الوقت المذكور ههنا بمنزلة المجلس في قوله أمرك بيدك مطلقا وهناك لو اختارت زوجها خرج الامر من يدها وان بقي المجلس فههنا اذا اختارت زوجها يخرج الامر من يدها أيضا وهذا لان لها الخيار بين أن تختار نفسها بايقاع الطلاق وبين ان تختار زوجها برد الامر ولو اختارت نفسها طلقت ولم يبق لها خيار في الغد فكذلك اذا اختارت زوجها لا يبقى لها الخير في الغد وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد لها ان تختار نفسها جعل شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه هذه الرواية صحيحة (قوله وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان

قوله (وعن أبي يوسف انه اذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد وقوله (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل وقوله (فيتوقت به) أي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه

والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول وجعل الثاني أمرا مبتدأ (ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في غد) لان هذا أمر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال أمرك بيدك في يومين وعن أبي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار أحدهما

قال أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه وأيضا في طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه أيضا بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف الى اليوم وغد لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى أعني انه قد يهجم الليل ومجالس المشورة لم ينقطع (قوله وعن أبي حنيفة في مسئلة أمرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد ايقاع الزوج لو نجز فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا ان لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك مغيا شرعا باحد الامور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شيء أو بفعل ما يدل على الاعراض أو اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الايقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذا الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الاجارة والاوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني ان توقيتها ليس بمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية اذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة وأما تقريره بان المخير بين أمرين انما له اختيار أحدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها أعني ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد شطر التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية أبي يوسف على اختيارها زوجها ولا شك انهم لا يتعرضون لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أولا أطلق ويكون هذا اعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستند ما فرع في الذخيرة حيث قال لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة في الامر باليد حيث صرح في الرواية انه لا يرتد بالرد وفي الكتاب انه يرتد أعني في قوله أمرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها فان المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم وحقيقته

الامر اليه فلا يثبت به الامر الآخر اذ لا ضرورة فيه (وقوله وقد يهجم الليل ومجالس المشورة لا ينقطع) يريد به ان تخلل الليلة لا يجعلهما مدتين لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل ولا تنقطع مشورتهم ومجلسهم وقال زفر رحمه الله اذا قال أمرك بيدك اليوم وبعد غد فانه أمر واحد كما اذا قال أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فيتوقت الامر الاول بالوقت الاول وجعل الثاني أمرا مبتدأ لانه يتخلل بينهما ما ليس بوقت للامر فبرد الاول لا يرتد الثاني والطلاق لا يحتمل التوقيت وجاز ان يكون في اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا يحتاج الى طلاق آخر (قوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع) أي ليس

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع) معناه ليس المرأة أن ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها بان تقول لا أقبل كما انه ليس لها أن ترد الايقاع الذي أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الامر باليد الخ) أقول هذا لا يدل على انه ليس لها أن ترد اذا اختارت زوجها والكلام فيه فليتامل

وعن

(واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها مالم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه) وهذه تتصرف برأى نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس (وقد بيناه) يعنى فى فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك وذلك يقتضى ان الامر بيدها لا يبطل فى يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن التقييد بيومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم من مجلسها يوما أو أكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضى أن يقتصر على المجلس وبينهما تناف (ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك) أى الذى سمعت فيه (وان كانت لا تسمع) لغيبة أو لصمم (فمجلس علمها) وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ماوراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل

التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ماذكرتم فكيف يكون محتملا له وأجيب بان التمليك الذى هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها فى المدة التى وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتاقيت فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضا وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم مايدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ماوراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين

(واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر فى يدها مالم تاخذ فى عمل آخر) لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه) ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم فى حقه

الثلاث أما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضى المالكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة فى الحال فلا تثبت المالكية ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة أو التعليق لا يصح فاذا ألحقه بما كان تفسيرا يثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التنجيز للتعليق لانه ليس من أفراده ولا متعلقا به بعد ماذكران قوله فطلقى نفسك ثلاثا للسنة أو اذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعنى فى آخر فصل اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هنالك من ان المعتبر امتداد وعدمه هو المضاف لانه المقصود (قوله واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر فى يدها مالم تاخذ فى عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه) أى فى أول فصل الاختيار والذى ذكره هنالك هو ان التمليك يستدعى جوابا فى المجلس ولم يستدل على انه تمليك واستدل هنا عليه بقوله لان المالك هو الذى يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأى نفسه وكأنه تركه للعلم بان التفويض الى الاجنبى تمليك وهو لا يتصرف لنفسه وسنحقق ماذكر فى ذلك ليندفع الوكيل فى المشيئة ان شاء الله تعالى وقدمنا ما فى قوله يستدعى جوابا فى المجلس فالصواب اسناد الاقتصار على المجلس الى اجماع الصحابة حيث قالوا لها فى المجلس (قوله ثم ان كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخيير (اعتبر مجلسها ذلك) أى مجلس سماعها (وان كانت لا تسمع فمجلس علمها) على ماذكرناه (لان هذا تمليك يفيد معنى التعليق) أما انه تمليك فلما تقدم وقد حققناه من قبل) أى فى فصل اضافة الطلاق (قوله وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا التمليك فيه معنى التعليق) فان قيل لما كان فيه من معنى التعليق ينبغى ان لا يعتبر

(قال المصنف لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة) أقول قال ابن الهمام منقوض بالوكيل فانه أيضا يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بان التفويض الى الاجنبى تمليك وهو لا يتصرف لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضى الخ) أقول يعنى قوله هنالك والتمليك يقتصر على المجلس (قوله وبينهما تناف) أقول وبالله المستعان ان فى قول المرأة اخترت نفسى مثلا فى جواب التفويض جهتين جهة كونه جوابا لقول الزوج وجهة كونه ملكا له فان الذى ملكها الزوج هو هذا القول فان كان التفويض مطلقا اعتبر كونه جوابا فلا بد منه فى المجلس واذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكا ولم يقتصر على المجلس توفيرا للجهتين حظهما فليتامل ولا يمكن تاويل كلام الشارح بماذكرنا لما أسلفه فى أوائل فصل الاختيار (قوله وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فانت طالق) أقول الاصوب أن يقول ان طلقت أو اخترت نفسك فانت طالق والافعلى ماذكره الشارح اذا قالت فى الجواب أردت طلاقى ينبغى أن تطلق الا أن يكون مراده الارادة المقارنة للفعل وتلك لا تتكون الا بتلفظها بالطلاق (قوله يشتمل على معنييهما) أقول يعنى التمليك والتعليق (قوله فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم مايدل على وقت معين الخ) أقول هذا لا يدل على الاقتصار على المجلس اذ يجوز أن يتأبد كما فى البيع

بخلاف

بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ فى عمل آخر على مابيناه فى الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأى بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ فى عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى أن يوجد ما يقطعه أو مايدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله مالم تاخذ فى عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهى على خيارها) لانه دليل الاقبال فان القعود أجمع للرأى (وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضى الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر فى غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا

من انها عاملة لنفسها واما ان فيه معنى التعليق فلان الايقاع وان كان من غير الزوج الا أن الوقوع مضاف الى معنى من قبل الزوج فكأنه قال ان طلقت نفسك فانت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق والظاهر ان كلها مما يمكن ترتبها على التمليك فصحة التوقيت على انه تمليك منفعة وقدمنا الحاقه بالعارية أقرب ثم من صور التوقيت ما اوجب التوقف على ماوراء المجلس كان يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذى تحقق فى الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الامر بناء عليه لانه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ماذكرنا انه لا يحتاج الى القبول وأما اقتصاره على المجلس فى التفويض المطلق فتقدم قول المصنف انه تمليك وهو يستدعى جوابا فى المجلس وتقدم ان الجواب الذى يستدعيه التمليك فى المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده فى تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه باجماع الصحابة فان قلت قد وقع فى كلام بعضهم ان تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم اذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لانه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا فقد ظهر ان جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك هذا ولا حاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم كأنه قال اذا طلقت نفسك فانت طالق يمكن اجراؤه فى الوكالة كأنه قال اذا بعت متاعى فقد أجزت بيعك والولاية كأن الامام قال له اذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التى لا أثر لها كثيرة فى دائرة الامكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (مالم تاخذ فى عمل آخر يراد به انه عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه) فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا

مجلسها كما لا يعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التمليك كان ينبغى ان لا يتوقت قلنا التمليك فيه معتبر بتمليك المنافع كالاجارة والعارية لا بتمليك الاعيان كالبيع والهبة فان الاجارة والعارية قابلة للتوقيت وان كانت للتمليك فكذا هنا ولما لم يكن فى الامر المطلق توقيت براعى وجوده اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على مجلس العلم واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ماوراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان (قوله بخلاف البيع) حيث لا يتوقف فيه الايجاب على ماوراء المجلس ويعتبر مجلس البائع ويصح رجوعه قبل القبول لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق (قوله ومرة بالاخذ فى عمل آخر) أى عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه لا نفس العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل الامر لانها قد شربت لتتمكن من الكلام ففى حال المشاجرة والخصام قد يجف الفم فلا يقدر على الكلام مالم يشرب فلا يكون ذا دليل الاعراض وكذلك ان أكلت شيئا يسيرا من غير أن يدعى بالطعام أو لبست ثيابها من غير ان تقوم من ذلك المجلس أو سبحت أو قرأت آية أو كانت فى مكتوبة فاتمت أو فى تطوع فاتمت الشفع ولو شرعت فى شفع آخر خرج الامر من يدها وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى الاربع قبل الظهر انها بمنزلة صلاة واحدة والوتر كالمكتوبة لان ذا عمل قليل بخلاف ما اذا دعت بطعام فاكلت أو نامت أو امتشطت أو اغتسلت أو اختضبت

بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهى جالسة فالخيار باق لان التعليق حينئذ لازم فى حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسهما جميعا فان أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعنى الى مجلس آخر ومرة بالاخذ فى عمل آخر على مابيناه فى الخيار يعنى فى قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره وقوله (ويخرج الامر من يدها) ظاهر وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها مايدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد فى الجامع الصغير وقوله (ولو كانت قائمة فجلست) ظاهر

فان حكمه متابد ولا مخلص الا بما ذكرنا

والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهودا أشهدهم فهي على خيارها) لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها) لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها (والسفينة بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى راكبها ألا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

أو سجت أو قالت ادعوا الى أبي أستشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله في قوله اختاري وطلقي نفسك وأنت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبي أمر امرأتي بيدك أو طلقها اذا شئت أو ان شئت أو أعتق عبدي اذا شئت بخلاف قوله بعه ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغيناني ان لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما اذا أقيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لم يبطل واذا انتقلت ففيه روايتان ولو نامت وهي قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت الى الشفع الثاني بطل الا في سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لان قولها لم لا تطلقني ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها لم الخ كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وافاضته في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والاول أصح) أي ماذكر في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الاصل لان من حزبه أمر قد يستند لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولانه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للمجالس (قوله وان سارت بطل) قيل لو اختارت نفسها مع سكونه والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا ولو كانت راكبة فنزلت أو تحولت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لانه والحالة هذه كالسفينة (قوله والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها) بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس وعن أبي يوسف ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

أو جامعها از وجها لاشتغالها بعمل آخر لا تحتاج اليه وليس ذا من عمل الاختيار وكذا يعتبر مجلسها في قوله لها اختاري نفسك وفي قوله طلقي نفسك وأنت طالق ان شئت وفي قوله لاجنبي أمر امرأتي بيدك أو قال له طلقها اذا شئت أو ان شئت أو أمر امرأتي بيدك في أن تخلعها وكذا في قوله اعتق عبدي اذا شئت بخلاف الوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت حيث لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيد بالمجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي ضرتك لانه توكيل ولهذا يملك الرجوع عنه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه (قوله والاول هو الاصح) لان الاتكاء استناد والاستناد أجمع للرأي ولان الاتكاء نوع جلسة فلا يتغير به ماهو الثابت للمجالس (قوله والسفينة بمنزلة البيت) لا يبطل خيارها بسيرها الا ان سيرها غير مضاف الى راكبها قال الله تعالى وجرين بهم وهي تجري بهم بخلاف الدابة لان سيرها ووقوفها مضاف الى راكبها فان أوقفت الدابة واختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها الان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد وكذلك ان كان معها على تلك الدابة أو كانا في محل واحد وهكذا الجواب في البيع ان اتصل قبول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما

وقوله (والاول) أي رواية الجامع الصغير (أصح) لان من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله (ففيه روايتان عن أبي يوسف) في رواية الحسن عنه لا تبطل وفي رواية الحسن بن أبي مالك عنه تبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه قيل خص أبا يوسف بالذكر وان احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلا عنه وقوله (ولو قالت ادع أبي أستشيره) ظاهره وقوله (والسفينة بمنزلة البيت) يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر

*(فصل

(فصل في المشيئة) قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط (ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن) سواء طلقت جملة أو متفرقة وقوله (لان قوله طلقي) ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى (وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) والفرق بينهما ماذكره في الكتاب أن الابانة من ألفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق مافوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا أنها زادت فيه أي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعة انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما أن يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف أو يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل أولى فصار اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك تطليقة طلقت نفسي تطليقة بائنة

(فصل في المشيئة) (ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث وينصرف الى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة أمة لانه جنس في حقها (وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) لان الابانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى انه لو قال لامرأته أبنتك ينوي به الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة

(فصل) في المشيئة (قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقا وانما صح ارادة الثلاث (لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق) فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلاث وقد تقدم (قوله وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت) أي رجعيا ولو قالت اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت أبنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة رضي الله عنهم فيما اذا جعل جوابا للتخيير غير أنها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل لا يقال قد صح جوابا للامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص اجماعهم على التخيير وهذا لان قوله أمرك بيدك ليس معناه الا أنك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير بمرادفه للعلم بان خصوص اللفظ ملغى بخلاف طلقي لانه وضع لطلب الطلاق لا التخيير بينه وبين عدمه ثم اذا أجابت باخترت نفسي خرج الامر من يدها باشتغالها بما لا يعنيها في ذلك الامر وعن أبي حنيفة انه لا يقع بجوابها

في هذا الفصل ينعقد البيع والا فلا كذا في المبسوط والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل في المشيئة) (قوله وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) لان قوله طلقي مختصر من افعلي فعل التطليق والمختصر من الكلام كالمطول وقد صحت نية الثلاث في المطول فكذا في المختصر وهذا بخلاف قوله طلقتك لانه وان دل على المصدر لكنه في الاصل اخبار عن طلاق سابق فيقتضي طلاقا تصحيحا لاخباره والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة وما ثبت ضرورة لا يعدو موضعها والضرورة تندفع بطلاق واحد فلا يثبت الزائد كما في قوله أنت طالق وأما في قوله طلقي نفسك فامر بالتطليق وضعا لا ضرورة فيحتمل العموم لانه اسم جنس واسم الجنس يقع على الادنى ويحتمل الكل حتى اذا نوى الكل صح كما لو حلف ان لا يشرب الماء ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت وكذا لو قالت أنا

(فصل في المشيئة) (قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى) أقول انما ابتدأ به لان ماذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد وبه أيضا يظهر وجه ذكر هذه المسئلة وأمثالها في هذا الفصل فليتأمل (قوله فكان الابتداء فيه بمسئلة الخ) يعني ويذكر مالم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد (قوله لانها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول فيه بحث (قوله وألفاظ الطلاق توافق مافوض اليها لكونه الخ) أقول ضمير لكونه راجع الى ما

وقوله (وينبغي أن تقع تطليقة رجعية) انما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر ورأى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية علم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبي حنيفة انه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها) حيث كان المفوض الطلاق وما أتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن أبي يوسف انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول أعني ظاهر

الرواية (وان قال لها طلقي نفسك) ظاهر وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احداهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز أن يكون معنى طلقي ضرتك ان أردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما وجوده متردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها أمر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا وأجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها أعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما أن يكونا من باب المشيئة أولا والثاني لشمول التمليك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل وان

وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك اواختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء الا أنه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة انه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه) لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

بابنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثا فطلقت ألفا لا يقع شيء والجواب انها خالفته فيهما في الاصل في الاولى ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واعلم ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره اذ لو أوقعت على الموافقة أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافا نظرا الى انه الاصل في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ليس له أن يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لاجنبي طلقها أو قول أجنبي لها طلقي فلانة لانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقد منا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك اذ كل ما يمكن

حرام أو بائن أو برية أو بتة وقالوا الاصح منها البائن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما لو أمرها بواحدة فطلقت ثلاثا أو ثلاثا فطلقت ألفا أو نصف تطليقة أو ألفا فطلقت ثلاثا يقع وان كانا في الحكم سواء لانه يعتبر اللفظ كذا في الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله ويمكن ان يقال هنا موافقة في الاصل فجعل جوابا وفي قوله طلقي نفسك نصف تطليقة مخالفة في الاصل اذ النصف الزائد أصل أو أتت بغير ما فوض اليها لان المفوض اليها نصف الطلاق الذي يكون ساريا وفي الباقي مخالفة في الايجاب حين أتت بغير ما فوض اليها من الايجاب (قوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية) هذا شرح لا طلاق جواب محمد رحمة الله تعالى عليه وهو قوله طلقت فان محمدا رحمه الله لم يتعرض لوصف الابانة فكان رجعيا نظرا الى الاطلاق وهو المتيقن (قوله بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق (قوله وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين) الى قوله بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل

(قوله وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية انما قال هكذا الى قوله ويثبت الاصل) أقول قيل بل لا وجه له لان ظاهر عبارة ينبغي ينافي نص عبارة يلغو (قوله وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب) أقول اذا كان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة والجواب ان الطلاق اذا أطلق لا يكون الا رجعيا

(وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في أي وقت شئت (واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده) وله أن يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل

اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى ترتبه على معنى التعليق المستخرج لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية وأما الاقتصار على المجلس فبالاجماع على خلاف القياس (قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) وكذا اذا شئت واذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول أبي حنيفة في اذا أنها عنده بمنزلة ان فلا تقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بانها يمكن أن تعمل شرطا وان تعمل ظرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وصار كما اذا قال في أي وقت شئت ولانها انما تملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبهذا يتضح ان هذا اضافة للتمليك لا تنجيز ومن فروع ذلك انها اذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذا ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في أول باب ايقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى (قوله واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله) أي للقائل (أن يرجع لان هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر وللوكيل أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاول) وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة (سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه) وكيلا كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصار كما اذا قال له بع عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع أجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الاذن والتصرف بمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق وكأنه اعتبر

الرجوع فان قيل في قوله طلقي ضرتك معنى التعليق أيضا فكان ينبغي ان يقع لازما في جانبه ولا يقبل الرجوع قلنا لا يمكن اعتبار التعليق في ضمن الوكالة اذ الوكالة من العقود الجائزة فلو اعتبرنا التعليق فيه تبطل حقيقته فيؤدي الى ابطال ما في ضمنه والتمليك من العقود اللازمة فيلائم التعليق فاعتبر قوله (قوله وانه استعانة فلا يلزم) أي في جانب الزوج ولا يقتصر على المجلس أي في جانب الوكيل وهذا لانه أمر بايقاع الطلاق والامر لا يقتضي الائتمار على الفور اعتبارا باوامر الشرع وبسائر الوكالات ويقبل الرجوع لئلا يعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره في حاجته لكون التصرف له لا عليه فلو ألزمناه فربما تزول حاجته فيصير التصرف عليه فيتضرر به ولان الوكيل يعمل للموكل وفي لحوق المنة ضرر فله ان يرجع (قوله قال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء) هو قوله لرجل طلق امرأتي

(وان قال لها طلقي نفسك متى شئت) واضح ولقائل أن يقول التمليك في هذه الصورة موجود أولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من أحكام التمليك والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول قوله (واذا قال لرجل طلق امرأتي) واضح ومناطه ما ذكرناه في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيئته) لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول

(قوله والحكم قد يتأخر لمانع) أقول الظاهر أن يقال والحكم قد يتخلف وقد سبق ان في الامر باليد معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس

وصاركالوقال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة لايخرج التوكيل الى التمليك (ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) لايقال قد بين آنفا أن الوكيل أيضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان مشيئة تفتقر اليها الحركة الارادية وهى ثابتة فى كل متحرك بها ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة فى التوكيل مع جهة حظر برفعها قوله

بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته

التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بادنى تامل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد والى هنا تم من المصنف اناطة وصف التمليك مرة بانه يعمل برأى نفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بانه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأى والمشيئة واحدا فان العمل بالرأى العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ فى مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أى باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الاصوبية فى متعلقها بل هى والارادة بخصصان الشئ بوقت وجوده والاول نقضناه بالوكالة وهو مندفع بان العامل برأيه هو الذى لا يغلبه على رأيه ما يقيده فى فعل ولا ترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة معه ما يغلبه فى جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل اذا لم يفعل فانه اذا وكله فرضى كان واعدا بفعل ما استعان به فيه فاذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تعد مخالفة بترك الطلاق اذا لم يقسرها عليه قاسر شرعى فظهر ان الوكيل ليس عاملا برأى نفسه مطلقا والثانى بامر المديون بابراء نفسه وقدمنا ما فى جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبى فانه قطعا ليس بتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه

(قوله والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) فان قيل لو قال لاجنبى طلق امرأتى كان الوكيل متصرفا أيضا عن مشيئة واختيار فلم لا يكون تمليكا قلنا انما انشاء ذلك الاختيار والمشيئة من عدم نفاذ الزام الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فان الصيغة ملزمة اذا صدرت من ذى ولاية ولما قال للاجنبى ان شئت فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحا وأثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتمليك لا للالزام ألا ترى ان الله تعالى لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاما وكان تمليكا بخلاف المشيئة الثابتة للوكيل فى عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلامنا فى المشيئة المستفادة من الصيغة * والحاصل ان المشيئة نوعان نوع يذكر ويراد به الاختيار فى الفعل بمعنى نفى الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوف بهذه المشيئة والنوع الثانى الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم تفعل بمعنى ان شئت آثرت الفعل على الترك أو ترك الفعل والايثار ينبئ عن استحسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنه وانه معنى آخر وراء المشيئة بمعنى نفى الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشيئة بهذا الاعتبار لان الموكل هو الذى يؤثر الفعل والترك والوجود من الموكل فى حق الوكيل ليس الا استعارة اللسان وتحصيل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر فى مصلحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره قطع تدبيره ورأيه فى مصلحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لا صفة الوكيل فكان قوله ان شئت تمليكا لا توكيلا فتبين بهذا ان التصريح بالمشيئة ليس كعدمه فان التصرف بذكر المشيئة صار تمليكا بعد ان كان توكيلا وانها غير محمولة على نفى الاضطرار بل على المعنى الثانى وهو الذى يوجبها الزوج ويثبتها صيانة لتصرف العاقل عن الالغاء اذ لو حملت على نفى الاضطرار لم يفد الا ما أفاده السكوت عن ذكر المشيئة وفيه الغاء تصرف العاقل وهذا بخلاف البيع لان تمليك الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطليق وفى قوله طلقها ان شئت تمليك فيه تعليق الطلاق بالمشيئة والطلاق

طلقها ايقاع الفعل الموكل والثانية انما تكون فى الملاك وقد فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما أمكننى تلخيصه من كلام المشايخ والقائل أن يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى فى هذه الصورة وأقول اذا بنى الكلام على ما قد ثبت ان التمليك اقرار شرعى على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعى على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول فى طلاق الضرة على ما مر ثم أقول والوكيل فى الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور أن يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقى نفسك تمليكا وأما قوله طلقى ضرتك وقوله لاجنبى طلق امرأتى فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثانى فى طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول ضمير تركه راجع الى الفعل (قوله والاولى ثابتة فى الوكيل الى قوله والطلاق والثانية انما تكون فى الملاك) أقول فيه ان الظاهر ان الثانية أيضا ثابتة للوكيل ولهذا لا يجوز بيع المسلم خمر الذمى وكالة عنه (قوله سقط هذا الاعتراض) أقول فيه بحث فان الاقرار فى المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضا فكيف يكون تمليكا (قوله وان ذكرها كان تمليكا) أقول كيف يكون تمليكا والاقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد

وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق أجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع قال (وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا) هذا البيان مخالفة المرأة وجها فى ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة وأما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقى نفسك وطلقها وضرتها وكما تقدم

والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله (ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة وقالا تقع واحدة) لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هى فى المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض اليها فلغت

والثالث أقرب والله أعلم ثم المعول عليهما (قوله وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة لانها لما ملكت ايقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت) كالزوج نفسه (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تقع واحدة لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسى واحدة وواحدة وواحدة فى هذه المسئلة وأبنت نفسى فى جواب طلقى نفسك وطلقت نفسى وضرتى وقول العبد فى جواب أعتق نفسك أعتقت نفسى وفلانا حيث يقع ثلاث فى الاولى ورجعى فى الثانية والثالثة وتطلق هى ويعتق هو دون من قرناه (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها مبتدئة) فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لامتثالها بدأ ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها فى أبنت نفسى ان معناه طلقت نفسى بائنا والباقى ظاهر وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاول أى ان الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكما اذا صرح بالثلاث فى ضمنه فيثبت القدر الذى يملكه ويلغو ما سواه وكذا هى فى المسئلة الاولى وهى قوله لها طلقى نفسك ثلاثا ملكتها بجميع أجزائها (أما ههنا فلم تملك الثلاث) لانه انما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوض اليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآمر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهى شئ بقيد الوحدة بخلاف الواحدة التى فى ضمن الثلاث فانها بقيد ضده وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها فى المسئلة الاولى

يحتمل ذلك والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فيلغو ذكر المشيئة فيه (قوله بخلاف البيع) لانه لا يحتمله فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل قابل للتعليق قلنا اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع (قوله والثلاث غير الواحدة) وهذا لان الثلاث غير الواحدة لفظا وكذا حكما لثبوت الحرمة الغليظة بالثلاث دون الواحدة وكذا اختلفا فى وقت الوقوع لان وقت وقوع الواحدة بعد الفراغ عن قوله طلقت ووقت وقوع الثلاث بعد الفراغ عن قوله ثلاثا فاذا ثبتت المغايرة بينهما فى اللفظ والحكم ووقت الوقوع تكون معرضة عما فوض اليها فيلغو فصار الاصل فى هذا ان المرأة تصلح ان تكون مجيبة للزوج بما فى ضمن كلامه ولا تصلح ان تكون مجيبة بما فى ضمن كلامها لان المتضمن يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبتدئة فى المتضمن لم تصلح مجيبة فيما فى ضمنه وهذا لان الواحد من الثلاث قائم بهذه الجملة فاذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بها لان المتضمن متى لم يثبت كيف يثبت المتضمن كمن شهد انه قال لامرأته أنت خلية وشهد آخر انه قال أنت برية فى حال مذاكرة الطلاق لا يقضى بشئ لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب الموافقة فى المضمون وهذا بخلاف ما اذا طلق الزوج ألفا لانه يتصرف بحكم الملك فصح تصرفه فيما يملك ولغا فيما لا يملك ألا ترى ان الزوج

فيما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة فى أصل الطلاق فيكون كقولها طلقت نفسى منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثا (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقى نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهب أهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فاوجه اثبات المغايرة بينهما أجيب بان ذلك فى العشرة الموجودة أو المتصورة والثلاث ههنا معدوم والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت واحدة وقد أتت بغير ما فوض اليها اذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر أجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشئ فقد

(قوله أجيب بانه اعتبر التوكيل الخ) أقول فيه ان الاول قابل للتعليق بخلاف الثانى فكيف يعتبر به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول من أين ثبت وجوده وهل الكلام الا فيه ثم ان تعليل المصنف بقوله لان الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تغايرهما مطلقا كما لا يخفى والاولى أن يقال مراده المغايرة اللغوية لا ما اصطلح عليه المتكلمون قال المصنف (أما ههنا لم تملك الثلاث) أقول الزوج أيضا لا يملك الالف فلا بد من الفرق

(وان أمرها بطلاق علك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الاول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا أو رجعيا (وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع الواحدة ماشاءت الثلاث فلم يوجد الشرط

لانها ملكت الثلاث أما ههنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستعقب ايرادا ووقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بان مذهب أهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها وأجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وأنت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه أن يقال فوض اليها الثلاث والواحدة ليست اياها فلا تكون مفوضة اليها فايراد مثله الزام بمجرد الاصطلاح وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق علك رجعتها فطلقت بائنا أو أمرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما أمر به ومعنى الاول أن يقول طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك الى أصل الايقاع) لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا أو مخالفا لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبي حنيفة أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا الخ) تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلاثا تملك أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شئ لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبي حنيفة

اذا طلق امرأته على غير وجه السنة يقع لانه بحكم الملك ولو قال لها طلقي نفسك للسنة فطلقت لا على وجه السنة لا يقع لانها ملكت بالتفويض فتملك بقدر ما فوض اليها (قوله لانها أتت بالاصل) وهو قولها طلقت نفسي وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة فان قيل اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا بقولها طلقت نفسي ثلاثا واقعة في قولها طلقت نفسي حتى لو اقتصرت عليه تكون ممتثلة وانما خالفته في قولها ثلاثا فكان ينبغي ان يلغى الثلاث وتكون ممتثلة في ايقاع الواحدة عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه قلنا الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا وكذا لو ماتت قبل قوله ثلاثا لا يقع الطلاق فاذا كانت مبتدئة في كلمة الايقاع لم يقع عليها شئ بدون اجازته وبه فارق صفة البينونة لان قولها ابنت نفسي معناه طلقت نفسي تطليقة بائنة وأصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لا بذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممتثلة أمره (قوله فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا) وهذا لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف

(ولو

يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما أوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وان أمرها بطلاق علك الرجعة) ظاهر وكذا قوله ان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذ الشرط لابد له من جزاء فاما ان يكون متقدما عليه أو يقدر مثله متأخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة وكذا عكسه عند أبي حنيفة لان الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة كما أن ايقاع الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ووجه قولهما ظاهر

(ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر) وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه علك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك أي بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج الى النية وأجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة فيكون شائيا بمشيئتها لا بطلاقها لا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما ينبني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة (٤٣٣) الوجود وقوعا (وقوله اذ المشيئة تنبئ عن الوجود) قيل لان المشيئة في الاصل مأخوذة من الشئ وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال عليه الصلاة والسلام الحمى رائد الموت أي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا في أصول الدين الى أن الارادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كائن لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد

(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند أبي حنيفة) لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها (وقالا تقع واحدة) لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما أن ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود

وتقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فأبو حنيفة يقول مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) منها (وهي قد أتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس في كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها) لانها لم تقل شئت طلاقي ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا بل بمجرد النية والنية لا تعمل في غير المذكور والصالح للايقاع ولا في المذكور الذي ليس بصالح للايقاع به نحو اسقني (حتى لو كان قال شئت طلاقك ينويه وقع لان المشيئة تنبئ عن الوجود) لانها من الشئ وهو الموجود (بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود) بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل وغاية

وانها أتت بذات ما فوض اليها وخالفت في الوصف فصارت موافقة في الاصل مخالفة في الوصف ولا يجوز ابطال الاصل للوصف فيقع الاصل ويستتبع الوصف الذي ذكر الزوج بحقيقة انها لو اقتصرت على قولها طلقت في المسألتين لصلح جوابا للزوج في وقوع ما أمر به الزوج وقولها بائنة أو رجعية زائدة فيلغو بخلاف المسألة المتقدمة فانها بايقاع الثلاث لم تأت بعين ما فوض اليها على ما ذكرنا فلا يصلح ان تكون مجيبة (قوله ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق) فان قيل ينبغي ان يقع لانه مسبوق بذكر الطلاق فصار كأنه قال شئت طلاقك فيقع قلنا الكلام المبهم انما ينبئ على ما سبق اذا اعتبر السابق والسابق هنا غير معتبر لاشتغالها بما لا يعنيها حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ لان المشيئة تنبئ عن الوجود فمعنى قوله شئت ذلك حصلته وتحصيل الطلاق بايقاعه الا أنه لا بد من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا فلا يقع الطلاق بالشك بخلاف قوله أردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة عن الطلب قال عليه السلام الحمى رائد الموت أي طالبه وفي المثل السائر الرائد لا يكذب أهله أي طالب الكلأ وليس من ضرورة الطلب الوجود فان قيل أليس ان الارادة والمشيئة سيان عند أهل السنة قلنا جاز ان يكون بينهما تفرقة نظرا الينا وتسوية نظرا الى ربنا لان ما شاءه أو طلبه يكون لا محالة بخلاف العباد وذكر في

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه علك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ) أقول اذا كان الطلاق مذكورا صريحا في كلام المرأة (قوله لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو الخ) أقول كونه لغوا لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقدرا في كلامها وان

يلغو ما يبتني عليه ولو صح ما ذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت اذا أتت المرأة في كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثاني الى قوله فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا) أقول مخالف لما في حيز قيل بعد سطر (قوله بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب) أقول فان قيل اذا كان الارادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقا كما في أوامر الله تعالى قلنا الطلب الذي هو مدلول الامر طلب تكليفي والارادة طلب تكويني وبينهما فرق وقد يكون مدلول بعض الاوامر طلبا تكوينيا أيضا كما في قول الله تعالى كن

(وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي أو شئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد) لما ذكرنا ان المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق و بطل الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت) لان التعليق بشرط كائن تنجيز

الامر ان المشيئة والارادة في صفة العباد مختلفان وفي صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فهما مطلقا فلا يتخلهما وجود أي لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما أراده لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا للذات الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور والمعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة تؤثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شئ عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت بالارادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطلبين انه في الكلام طلب تكليفي وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا دائما كما في الطلب المعبر عنه بكن ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الافعال واذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون فرق أبي حنيفة بين المشيئة والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى بقي الشأن في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشئ وهو الموجود فيه نظر فان الشئ وان وقع على غير الاعيان الآن كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة نسبت الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الائمة لا أثر له الاولم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة أيضا الى ذلك أنشد ابن السكيت في اصلاح المنطق

يا مرحباه بحمار عفرا * اذا أتى قربته لما يشا * من الشعير والحشيش والما

وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه يعني بكون العرف العام انه الشئ الموجود والمشيئة منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشئ الكائن مصدر الشاء فانه يقال شاء شيأ على ارادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه أوجدته عن اختيار بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته ولو قال شائي طلاقك ناويا للطلاق فقالت شئت وقع ولو قال أريديه أو اهويه أو أحبيه أو ارضيه ينوي الطلاق فقالت أردته أحببته هويته رضيته لا يقع بخلاف ما لو قال ان أردت أو أحببت الى آخرها فقالت أردت أو أحببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبيني يتعلق باخبارها فاذا قالت أحببت وقع (قوله وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى) كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء أو لامر كائن كشئت ان كان أبي في الدار

المحيط واذا قال لها شئت طلاقك ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه يقع الطلاق ولم يشترط نية الايقاع وفي المبسوط رجل قال لامرأته شائي الطلاق ينوي به الطلاق فقالت قد شئت فهي طالق وان لم يكن له نية فليست بطالق لما بينا ان مشيئتها من عمل قلبها كاختياري فهذا بمنزلة قوله اختاري الطلاق فقالت اخترت وهناك ان نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك ههنا فان قال أحبي الطلاق أو أريدي الطلاق أو اهوي الطلاق فقالت قد فعلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى من العباد نوع تمن فكأنه قال لها تمني الطلاق فقالت تمنيت لا يقع (قوله لان التعليق بشرط كائن تنجيز) أي بشرط ثابت موجود كما اذا قال امرأتي طالق ان كان زيد في الدار والحال انه في الدار يقع الطلاق فان قيل لو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا لكان تنجيزا فيما اذا قال الرجل هو يهودي ان كنت فعلت كذا أمس وهو يعلم انه قد كان فعله ولو كان تنجيزا لوجب تكفيره ولم يجب قلنا قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمة الله تعالى عليه اختلف المشايخ

وقوله (وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي) ظاهر وقوله (لان التعليق بامر كائن تنجيز) قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك وأجيب بان بطلان الثاني ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم

(ولو

(ولو قال لها أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق وأما كلمة اذا واذا ما فهما ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك

وهو فيها طلقت لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله أن يكفر وهو منتف أجيب بان من المشايخ من قال بكفره فالالزام حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بامر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجه ان الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر ههنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت) بان قالت لا أشاء لا يكون ردا ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى فانها لعموم الاوقات كانه قال في أي وقت شئت وانما لم يرتد بردها لانه لم يملكها في الحال شيأ بل أضافه الى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد يقال ليس هذا تمليكا في حال أصلا لانه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح ما ذكر في لفظ طلقي نفسك اذا شئت لانها تتصرف بحكم الملك بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت ايجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الايجاد ثم لا تملك طلاق نفسها الا مرة واحدة لانها تعم الازمان لا الافعال بخلاف كلما (قوله وأما كلمة اذا واذا ما فهي كمتى عندهما) فما كان حكما في متى يكون حكما لاذا (وعند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت اذا تستعمل للشرط) المجرد عن معنى الزمان كما تقدم (لكنها تستعمل للوقت) أيضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق اذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق الا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق الا بالموت وفي أنت طالق اذا شئت صار الامر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس الا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما اذا قال أنت طالق ان شئت فانه يتقيد بالمجلس و يحلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم انه اياه أراد وقوله وقد مر يعني في فصل اضافة الطلاق هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو ان قوله اذا شئت يحتمل انه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وانه اضافه الى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى اذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بان قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا الا ما قال المصنف من ان الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد باذا انه محض الشرط فيخرج من يدها

في هذه المسئلة فيمنع ولئن سلمنا فنقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل في المستقبل فكذا اذا حصل التعليق بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم (قوله لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج والامر كان في يدها فلا يخرج بالشك فان قيل وجب ان يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحا للرد قلنا انما يحمل على الشرط اذا كان الرد صادرا ممن كان التعليق صادرا منه وهذا

وقوله (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت الخ) واضح وقوله (فلا يخرج بالشك) يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج

للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان وأما إذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره أي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال أنت طالق غدا أو عموما كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت قال (وان قال أنت طالق كيف شئت) اختلف علماؤنا فيما اذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أولا فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لو ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة لها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من أن ينوي الزوج شيأ أولم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيئتها فذاك وان اختلفا بان شاءت

بائنة والزوج ثلاثا أو بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض التطليق اليها على أي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلابد من تعليق الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال أنت طالق ان شئت أو حيث شئت أو أين شئت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف أصبحت أي على أي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب أن تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فتحتاج الى النية لتعين أحدهما وقد روى عن الطحاوي ان للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد

فوجب اعتباره عموما وخصوصا (وان قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة) ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته أما اذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير

جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى فان أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى حيث وأين بل معناهما المكان وان أراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناهما أصلا بل اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه الزمان والمكان بالاوعية للامتعة وهي الظروف لغة (قوله فوجب اعتباره عموما) كما في أنت طالق في أي وقت شئت (وخصوصا) في أنت طالق غدا (قوله ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت) ان كانت غير مدخول بها طلقة بائنة وخرج الامر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة وان كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أولا ثم ان قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لانه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل في جعله بائنا ولا ثلاثا ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره في الاصل ويجب أن تعتبر مشيئتها حتى لو شاءت ثلاثا أو بائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين أما على أصله فلانه أقامها مقام نفسه في اثبات الوصف لان كيف للحال والزوج لو أوقع رجعيا ملك جعله بائنا وثلاثا عند أبي حنيفة فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك وأما عندهما فكذا تملك ايقاع البائن والثلاث لانه تفويض أصل الطلاق اليها على أي وصف شاءت كذا في الكافي وهذا الذي ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي

اعتباره خصوصا كما في أنت طالق ان شئت وعموما كما في أنت طالق متى شئت (قوله وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها) حتى لو شاءت ثلاثا أو واحدة بائنة ولم ينو الزوج وقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين أما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلانه أقامها مقام نفسه في اثبات الوصف والزوج متى أوقع رجعيا ملك أن يجعله بائنا وثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله فكذا المرأة تملك ان تجعل ما وقع بائنا وثلاثا لان الزوج أقامها مقام نفسه في اثبات الوصف وأما عندهما فكذا تملك ايقاع البائن والثلاث فانه تفويض أصل الطلاق اليها على أي وصف شاءت وعلى هذا الخلاف لو قال أنت حر كيف شئت يعتق عنده في الحال وعندهما يتوقف على المشيئة والحاصل ان أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده وانما يتعلق صفته وعندهما يتعلق أصل الطلاق و وصفه بمشيئتها لهما ان هذا تفويض الطلاق اليها على أي وصف شاءت وانما يكون كذلك اذا تعلق أصل الطلاق بمشيئتها أما اذا لم يتعلق لا يقع كيف شاءت بل يقع على خلاف ما شاءت لانه يقع رجعيا وما شاءت ان يكون رجعيا وهذا لان كيف للاستيصاف عن الشيء فاذا أضافها الى المشيئة اضافة الى الطلاق فقد علق جميع أوصاف الطلاق بالمشيئة ولن يصير جميع الاوصاف معلقا بالمشيئة الا بعد أن يصير أصل الطلاق معلقا بها

قال المصنف (لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته) أقول أطلق المشيئة في جانبها اذ بها يثبت وجود الطلاق والارادة في جانبه حيث لا يقع بها الطلاق وكذا الكلام في قوله اما اذا أرادت ثلاثا فليتامل فانه لم يتنبه الشراح لهذه الدقيقة فقالوا وان اختلفا بان شاءت بائنة (قوله وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق الخ) أقول فيه بحث (قوله وهي مشتركة بين الكم والكيف) أقول فيه بحث

وقوله (وقد مر من قبل) يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر وقوله (فلا تملك الايقاع جملة وجمعا) قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثا والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر (ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهر فان قيل اذا الغا ذكر المكان بقي قوله أنت طالق شئت فينبغي أن يقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة أجيب بان حيث وأين تفيدان ضربا من التاخير وحرف الشرط أيضا يفيد ضربا من التأخير فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط فلماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان وأما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا أو متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن كلمة اذا أو متى أجيب بان جعلهما مجازا عن ان أولى لما انها لمحض الشرط فكانت أصلا في الباب والاعتبار بالاصل أولى من غيره بخلاف الزمان لان

وقد مر من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا) لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا أن التعليق ينصرف الى الملك القائم (حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء) لانه ملك مستحدث (وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة) لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا (ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان

بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح آنفا في بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانه انما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها لتحقيق الشرط أو المضاف اليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه وعلى هذا فقولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق بمباشرة الشرط تجوزا بالتطليق عنه بان تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يصح كلامهم في قوله طلقي نفسك كلما شئت (قوله الا ان التعليق الخ) جواب عن مقدر هو ان موجب كلما تكرار الافعال أبدا ومقتضاه انها اذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت اليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضا وليس لها ذلك أجاب بانها وان كانت كذلك لكن التفويض انما ينصرف الى الملك القائم لا الى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم فلو انصرف اليه انصرف الى عدم الملك فاذا فرض ان المملوك قدر معين لزم ان باستغراقه تكرارا ينتهي به التفويض وذلك القدر هو الثلاث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت الى الاول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد فان عنده انما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم (قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا) بالاتفاق لانها العموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جمعا وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن ايقاع الثلاث ايقاع الواحدة عندهما خلافا له (قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لان كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس) أورد عليه انه اذا الغا المكان صار أنت طالق شئت وبه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بانه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لان كلا منهما يفيد ضربا من التاخير وهو خير من الغائه بالكلية فاورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي اذ وانه مالا يبطل به كمتى واذا أجيب بان الحمل على ان أولى لانها أم الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام واعترض في بعض شروح المنار بانه لما

لان ارادة الشرط تختص بمن كان التعليق مختصا به دون من كان الرد مختصا به فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحا للرد كذا في الفوائد الظهيرية (قوله والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو) فان قيل اذا الغا ذكر المكان يبقى قوله أنت طالق ان شئت فينبغي ان يقع ولا يبطل بالقيام عن المجلس يدل عليه ما لو قال لها أنت طالق دخلت الدار يقع الساعة قلنا يحملها على الشرط لتاخير بين الظرف والشرط لان كل واحد منهما يفيد ضربا من التاخير فحملا عليه مجازا عن حرف شرط فان قيل اذا جعل مجازا عن حرف الشرط فلم يجعل مجازا عن حرف ان حتى يبطل بالقيام عن المجلس ولا يجعل مجازا عن اذا ومتى حتى لا يبطل بالقيام قلنا جعلها مجازا عن حرف ان أولى لانها أصل في الشرط خالص له ومعنى الشرط هو الجامع فجعل مجازا لما هو أصل في الشرط دون اذا ومتى لانهما لا يتمحضان للشرط (قوله بخلاف الزمان لان له تعلقا به) لان الطلاق لو وقع يقع في زمان دون زمان وأما اذا وقع في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فلا يكون له تعلق بالمكان لانه لا فائدة في تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان والتعليق بالشيء لبيان الاختصاص به كما في الافعال فوجب

الظهيرية وقد راجعت الفصول في جواب هذا الاشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل أن يقول لا مناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا

قال رضي الله تعالى عنه (وقال في الاصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يقع مالم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على أي صفة شاءت فلابد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الاحوال أعني قبل الدخول وبعده ولأبي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود

حنيفة أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شيء (وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع الحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والحاصل ان أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها وما قيل ان العتق لا كيفية له ليتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقا عما يأتي من لزمان ومقيدا به (قوله فلابد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها) لانه لو لم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا خلف وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجيز لاصل الطلاق جاعلا صفته على مشيئتها ومن ضرورة اثبات أصله اثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا مخصصا بعض الاوصاف من عمومها بقي أي الامرين أولى تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التي هي تنجيز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقا لانه لا يكاد يثبت وأما ما رجح به في الكافي من أن بتقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى أفلا ينظرون الى الابل كيف خلقت أي ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعماليها فيترجح قولهما لان تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاق فعلي الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع وما قيل في توجيه قولهما ان غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الاصلية والفرعية فاذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر فأصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الاصل على ما ذكرناه وهو ضعيف اذ المبنى ليس الا التلازم فما يثبت لاحدهما يثبت للآخر ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالتقرير

لانه متى وقع أصل الطلاق في الحال لا بدون أن يستصحب بعض أوصافه لاستحالة وجود أصل الطلاق في الواقع بدون الوصف ولانه لو لم يتعلق أصل الطلاق لالغا قوله كيف شئت في غير المدخول بها لانها لا تشتغل باثبات الوصف بعده وله ان كيف للاستيصاف وذا لا يتصور الا بعد وجود أصله ألا ترى الى قول القائل يقول خليلي كيف صبرك بعدنا * فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف فاذا كان الاستيصاف يستدعي وجود الموصوف يقع أصل الطلاق قبل المشيئة قضية للاستيصاف لكن يثبت أدنى أوصافه ضرورة ان أصله لا ينفك عن وصفه ويتعلق ما وراءه بالمشيئة وهذا لان قوله أنت طالق ايقاع فلو ثبت التعليق بمشيئتها انما ثبت ضرورة التغيير واذا دخل في الوصف لا في الذات وهذه أوصاف تنفك عن الذات فلم يكن من ضرورة تعلقها بالمشيئة تعلق الذات بها وما قاله أولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيصاف أولى من تعليق أصل الطلاق بالمشيئة وتعميم الاوصاف وفيه ابطال الاستيصاف لان الكلام

متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر توضيحه ان المتأخر الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة كيف لان قوله أنت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا أصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشيء مهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان في غير المدخول بها لا أثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله (وعلى هذا الخلاف العتاق) يعني اذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب (قال في الاصل هذا قول أبي حنيفة) لان ما أورده في الاصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله

(قوله وهو ان المفوض ههنا متنوع الخ) أقول فيه ان التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة فكون المفوض متنوعا لا يفيده قال المصنف اصله

(وهو خطاب في الحال) أقول احتراز عن اذا ومتى يعني ان هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل

لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل (وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت) ذكر في أصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثا أجيب بانه يجوز أن يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها وقوله (لانهما) يعني كم وما (يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شاءت) فان

أصله ووجود الطلاق بوقوعه (وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت) لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شاءت (فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا) لان هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال (وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت) لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس

ما قررناه (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مسئلة كيف شئت على قوله وهذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد اذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء مالم تشأ والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة انه يباح لها في التخيير ووجهه ما ذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ما لم تقم من مجلسها لا يحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من اطلاق العدد وارادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره وأورد ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت أجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد بان التفويض تمليك مقتصر على المجلس ما لم يكن موقتا وانما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدام ثم (ان ردت الامر) بان قالت لا أطلق (كان ردا) لان هذا أمر واحد بخلافه بكلما وقوله (خطاب في الحال) احتراز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال (قوله وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين) بالاتفاق واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثا وبه قال الشافعي وأحمد وتطلق عندهما ان شاءت (لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أي البيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو أكلت من الرغيف (فيحمل على تمييز الجنس) محافظة على عموم ما أي بيان الجنس بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان أن

يحتمل التخصيص دون التعطيل (قوله وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت) وذكر في أصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ما لم تقم عن مجلسها ان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلاثا قلنا قد روى الحسن عن أبي

قيل هذا في كم مسلم وأما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك أجيب بان جانب العدد مرجح بأصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المرأة أمر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به أولى (فان قامت عن المجلس بطل الامر) لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس (وان ردت الامر كان ردا لان هذا أمر واحد) اذ ليس فيه ما يدل على التكرار وقيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو أمر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار (وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز) يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم

كما اذا قال كل من طعامى ماشئت أو طلق من نسائى من شاءت ولابى حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدلالة اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهى المشيئة حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف والله تعالى أعلم بالصواب

والمتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا (كما اذا قال كل من طعامى ماشئت أو طلق من نسائى من شاءت ولابى حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن) من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذ لا يتناول الواحد لانه ليس بعام أجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل أحدهما (وفيما استشهدا به ترك التبعيض) بدليل خارجى (وهو اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهى المشيئة) فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك (حتى لو قال من شئت كان على الخلاف) قيل ثم انما ان طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شئ عند أبي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا التى فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقد مر والله أعلم

اراد الثلاث من الطلاق دون سائر الاعداد منه وان كان لا يتصور فى الطلاق عدد الا الثلاث فذاك شرعا أما فى الامكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وان كان حكمه فى الشرع المنع فالمعنى طلقى نفسك العدد الذى هو الثلاث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض فى الثلاث خاصة فتطلقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم فى طلقى نفسك ثلاثا (كما لو قال كل من طعامى ماشئت) له أكل الكل (وطلق من نسائى من شاءت) فشئن كلهن له أن يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه حينئذ يبطل عمومها (ولابى حنيفة ان كلمة من حقيقة فى التبعيض) اذا دخل على ذى ابعاض والطلاق منه (وما للتعميم فيعمل بهما) يعنى فى معناها فى مثله وبما فى عموم مخصوص ضرورة اعمال من فى معناها فى مثله بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذى مكانها ووصله بمدخولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الاوثان أى الرجس الذى هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقى نفسك ماشئت الذى هو الثلاث فان ما موصول معرفة فلابد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فانحل الى طلقى نفسك العدد الذى شئته الذى هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذى شاءته أو تشاؤه وانه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء انما هو فى الثلاث وانما لك أن تطلق نفسها واحدة لانها جزءها لكنه بالتفويض كقوله طلقى نفسك ثلاثا لها أن تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم ثبوته اذ المعنى طلقى نفسك عددا شئته على ان ما نكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور فى موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد فى العدد مزيل من ابهامه *(فروع)* قال أنت طالق ثلاثا الا أن تشائى واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة وقال محمد لا يقع شئ لان معناه ان لم تشائى واحدة فانت طالق ثلاثا فاذا شاءت واحدة لا يقع شئ ولابى يوسف انه أثبت لها مشيئة الواحدة فاذا شاءتها تقع ولو قال طلقها ان شاء الله وشئت وأنت طالق ان شاء الله وفلان أو ماشاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شئ لانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا أو متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة فى الحال ومشيئة فى عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها فى الحال طلاقا معلقا بمشيئتها فى أى وقت شاءت فاذا شاءت فى المجلس صار كأنه قال أنت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه اذا شئتما فانتما طالقان فشاءت احداهما أو شاءتا طلاق احداهما لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لاثنين ان شئتما فهى طالق ثلاثا فشاء احدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شئ لان الشرط مشيئتهما الثلاث بخلاف ما لو قال لهما طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلاث فيصح ايقاعه لبعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى

حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها فى التخيير واحتمل ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة العدد لا مشيئة الاباحة يريد انها تقدر عليه كما يقال فى عبد بين اثنين دبر أحدهما نصيبه ان الآخر بالخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء تركه على حاله وان شاء أعتقه وقد علمنا انه لا يباح له اعتاق نصيبه وانما عنى به مشيئة القدرة لانه لو أعتق نصيبه ضمن للآخر قيمة نصيبه مدبرا وذكر فى الفوائد الظهيرية فى المسئلة التى تليها ان المرأة اذا طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو خرجت خرج الامر من يدها بخلاف ما اذا أوقع الزوج (قوله فيعمل بهما) أى بالتبعيض والعموم فان الثنتين عام بالنسبة الى الواحدة وبعض بالنسبة الى الثلاث (قوله بدلالة اظهار السماحة) فى قوله كل من طعامى ماشئت (قوله أو لعموم الصفة) أى فى قوله من نسائى من شاءت لانه وصفها بالمشيئة

طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه فى الوقوع ويحتمل فى الملك أى كلاهما لو كان لى فأيهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وأبيت أو ان شئت ولم تشائى لم تطلق أبدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائى فشاءت فى المجلس طلقت ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضا كما لو قال ان دخلت أو لم تدخلى أما لو أخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائى فانت طالق لا تطلق أبدا ولو قال أنت طالق ان شئت وان أبيت فان شاءت يقع وان أبت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت أو أبيت وفى طالق ان أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق ولو قال ان لم تشائى طلاقك فانت طالق فقالت لا أشاء لا تطلق لان لفظ أبيت لايجاد الفعل الذى هو الاباء وقد وجد وأما لفظ لم تشائى فللعدم لا للايجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا أشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفى أنت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبى يوسف ولو قال لها طلقى نفسك وقال لها آخر اعتقى عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الآمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها فى الطلاق وعنه لو قال لها أنت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس قول أبى حنيفة ان كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر فى باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف أنت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها فى الغد وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشيئة اليها فى الغد فى الفصلين وقال زفر المشيئة للحال فيهما وذكر فى الامالى الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف على العكس وفى المنتقى برواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة اذا قال أنت طالق غدا ان شئت أو أنت طالق ان شئت غدا لها المشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال وان أخرها فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختارى غدا ان شئت أو اختارى ان شئت غدا أو أمرك بيدك غدا ان شئت أو أمرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة فى الغد فى الحالين عند أبى حنيفة وكذا اذا قال طلقى نفسك غدا ان شئت أو طلقى نفسك ان شئت غدا أو ان شئت فطلقى نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها الا فى الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان تطلق نفسها فتقول فى الحال طلقت نفسى غدا والمذكور فى الكافى وشرح الصدر الشهيد أنت غدا طالق ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا انما لها المشيئة فى الغد بخلاف قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشيئة فى مجلسها الان فى الثانى علق بالمشيئة طلاقا مضافا الى غد ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها فكذا اذا علق بها طلاقا مضافا وفى الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة فى ذلك الوقت وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة ان فى الفصلين تراعى المشيئة فى غد وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا ولو قال لها أنت طالق اذا شئت ان شئت أو أنت طالق ان شئت اذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت وعند أبى يوسف ان أخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه تعتبر المشيئة فى الحال فان شاءت فى المجلس تطلق نفسها بعد ذلك اذا شاءت ولو قامت من المجلس قبل أن تقول شيئا بطل وقال شمس الائمة فيما قدمنا من ان شئت فانت طالق اذا شئت هنا مشيئتان الاولى على المجلس والاخرى مطلقة اليها معلقة بالموقتة فمتى شاءت بعد هذا طلقت قال وان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ولا فرق بين ان يقول ان شئت الساعة أو لم يذكر الساعة ولو قال أنت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شئ لانه ماشاء الثلاث وكذا لو قال شئت أربعا ولو قال أنت طالق ان شئت واحدة وان شئت اثنتين فقالت شئت وقع الثلاث ولو قال اخرجى ان شئت ينوى به الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقنى وطلقنى وطلقنى فقال الزوج طلقت فهى ثلاث ولو قالت طلقنى طلقنى طلقنى بلا واو فطلق فان نوى واحدة فهى واحدة وان نوى ثلاثا فثلاث ولو قالت لزوجها تريدان أطلق نفسى فقال الزوج نعم فقالت طلقت ينظر ان نوى الزوج التفويض وقع وان نوى

وهى عامة كما فى قوله لا أكلم الا رجلا كوفيا لا يحنث بالتكلم بجميع رجال كوفة والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الايمان فى الطلاق) لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية أعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين فى الطلاق عبارة عن تعليقه بامر بما يدل على معنى الشرط فهو فى الحقيقة شرط وجزاء سمى يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق فى الشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوجها فهى طالق وهو قول عمر روى ذلك عنه فى الظهار وقال الشافعى لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله ابن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فابى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل

(باب الايمان فى الطلاق)

(واذا أضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل

(باب الايمان فى الطلاق)

اليمين فى الاصل القوة قال الشاعر
الرد يعنى طاقتى ان استطعت لا يقع * ان المقادير بالاوقات نازلة * ولا يمين على دفع المقادير
أى لا قوة وسميت احدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى وسمى الحلف بالله يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه ولا شك فى افادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يمينا (قوله واذا أضاف الخ) استعملها فى المفهوم اللغوى والا فالمثال لا يطابق لانه تعليق لا اضافة (قوله وقال الشافعى لا يقع) ونقل عن على وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال أحمد وقال مالك ان خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح وان عمم مطلقا لا يجوز اذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعى وابن أبى ليلى أما لو قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى فانه يصير مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص الا أن صحته فى العموم مطلق يعنى لا فرق بين ان يعلق باداة الشرط أو بمعناه وفى المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التى أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة أعنى أتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب فى المحيط لو قال كل امرأة أجتمع معها فى فراش فهى طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال نصف المرأة التى تزوجتها طالق فتزوجها امرأة بامره أو بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لانه تعذر جعله بدلا أو شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لم يعتق ومذهبنا مروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر تمسك الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك وعنده طريق أخرى عن على رضى الله عنه يرفعه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف وأخرج أبو داود والترمذى عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذى حسن وهو أحسن شئ روى فى هذا الباب وأخرج

(باب الايمان فى الطلاق)

(قوله واذا أضاف الطلاق الى النكاح) أى علق وقال الشافعى رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما انه خطب امرأة فابى أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح والمعنى فيه انه غير مالك لتنجيز الطلاق فلا يملك تعليقها وهذا لان تاثير الشرط فى تاخير الوقوع

(باب الايمان فى الطلاق) (قوله لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا الخ) أقول وفى أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزا (قوله عبارة عن تعليقه بامر بما يدل الخ) أقول الباء فى بما تتعلق بتعليقه بعد ما تقيد بقوله بامر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد ولك ان تمنع اتحاد المعنى فان الثانى للاستعانة او للملابسة والاول للالصاق (قوله واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما انه خطب امرأة فابى أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف فى معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز اذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا حتى يسألوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والحق أن ما فى الكتاب اشارة الى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك والجواب عن حديث عبد الله منع صحته وليتأمل

النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست بعلة فى الحال عندنا كما عرف فى الاصول (والملك متيقن به عنده) أى عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضى وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك فى الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط فى المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه فى الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك لتعريت عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به وقوله (وقبل ذلك) أى وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا فى ذلك الوقت ومجال الكلام فى هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه فى الانوار والتقرير وقوله (والحديث) يعنى ما رواه الشافعى (محمول على نفى التنجيز) فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام فى ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز وليس فى الحديث ما يدل على نفيه أو اثباته (والحمل على التنجيز مأثور عن السلف

النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفى التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبى والزهرى وغيرهما (واذا أضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط

الدارقطنى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهى طالق ثلاثا قال طلق ما لا يملك وأخرج أيضا عن أبى ثعلبة الخشنى قال قال عم لى اعمل لى عملا حتى أزوجك ابنتى فقلت ان تزوجتها فهى طالق ثلاثا ثم بدا لى ان أتزوجها فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لى تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لى سعدا وسعيدا ولنا ان هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء وما ظن مانعا من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المطلوب أما الطلاق فمحظور وانما شرع للحاجة بتباين الاخلاق غلط لان الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجاجتها وغلبتها عليه فيونسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاما لها عن مواقع الضرر فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفى التنجيز لانه هو الطلاق أما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والحمل مأثور عن السلف كالشعبى والزهرى) قال عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا معمر عن الزهرى أنه قال فى رجل قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق وكل أمة أشتريها فهى حرة هو كما قال فقال له معمر أوليس قد جاء لا طلاق قبل نكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما

الى وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا لا طلاقا أو لان الطلاق يستدعى أهلية فى الموقع وملكا فى المحل * ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبى اذا قال لامرأته اذا بلغت فانت طالق فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فايجابه قبل الملك يكون لغوا كما لو باع الطير فى الهواء ثم أخذه قبل قبول المشترى * ولنا ان التعليق بالشرط يمين فلا يتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله وهذا لان اليمين تصرف من الحالف فى ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه حملا أو منعا والملك فى المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاق وانما يكون طلاقا بالوصول الى المرأة وما دام يمينا لم يلاق المرأة وانما يتعدى حكمه الى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فشرط الملك فى المحل حينئذ وهو ثابت ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقا عند الشرط بوصوله اليها وهذا كالرمى فان عينه ليس

كالشعبى والزهرى وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (واذا أضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط) لان الاصل بقاء الشئ على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه

قال المصنف (ولنا ان هذا تصرف يمين) أقول اضافة بيانية أى تصرف هو يمين (قوله وهو منقوض الخ) أقول فى توجيه النقض ما لا يخفى (قوله وتحقيقه انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قوله فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فيه بحث مرت الاشارة اليه

يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله مأثور عن السلف يعطى أنه مأثور عن غيرهما أيضا أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والاسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين وأما الحديثان الاخيران فلا شك في ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما باطلان ففي الاول أبو خالد الواسطي وهو عمرو بن خالد قال وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب وفي الاخير علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والاوزاعي فما قيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لان الترجيح فرع صحة الدليل أولى كيف ومع عدم تقدير الصحة لادلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لاقبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها بقي انهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا فيخرج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث اجماعا ومما يؤيد ذلك ما في موطأ مالك ان سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمره عمر ان هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا والكل واحد والخلاف فيه أيضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصح فتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بان قال اذا بلغت فزوجته طالق وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا لابد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به اذ لا شك في أنه لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار وحينئذ نقول لا اشكال في أن كون الشئ سببا شرعا لثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا أعني أن يعتبر الشرع انه اتصل به سببا للحكم فيه لا بمجرد الاتصال في اللفظ فان سببيته ليست الا بايجابه الحكم في محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يعن أنت طالق الآن بل اذا كان كذا فانت طالق اذ ذاك لا الآن فاذا كان ذلك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته في الحال غير انه جعل له خيار أن يفسخ ان لم يوافق غرضه رفقا به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل يحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر أعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه الا انه لما كان

بقتل والترس ليس مانعا ما هو قبل ولا مؤخرا له بل هو مانع ما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول الى المحل ولا يكون التصرف معتبرا الا بركنه ومحله لا يكون طلاقا قبل الوصول الى محله فاذا وجد الشرط صار طلاقا لوصوله الى محله ❊ وبه فارق ما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فان المحلوف به هنالك غير موجود ولا تيقن لوجوده عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو

الحنث أحد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما معا يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال للمنكوحة ان دخلت الدار فانت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه اياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك وبهذا حصل الجواب عن الاخير أعني تعليقه في الاجنبية بغير الملك ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر ان قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري ان جل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الايجاز وطلاوة الالفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشئ منتفيا ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو اضافة بيانية أي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف أي فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف في ذلك كاف وقول مالك انه سد على نفسه باب النكاح قلنا فماذا يلزم اذ قد يكون علم مصلحة في ذلك دينا لعلمه بغلبة الجور على نفسه أو دينا لعدم يساره وانفسه لجاج فيوثقها على انه يتصور تزوجه عندنا بان يعقد له فضولي ويجيزه هو بالفعل كسوق الواجب اليها أو الوطء واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سببا في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا في الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المضيف الايقاع بخلاف المعلق فان قصده البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شئ مع ان نحو أنت طالق غدا واذا جاء غد واحد في قصد الايقاع وهم يجعلون اذا جاء غد تعليقا غير سبب في الحال والآخر سببا في الحال وأما قولهم انه ينزل سببا عند الشرط كانه عند الشرط أوقع تنجيزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته ❊(فروع)❊ في المنتقى ان تزوجت فلانة فهي طالق وان أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه طلقت لانهما يمينان احداهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه فتزوجها بنفسه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيآن وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تنحل اليمين وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان أمر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة أو أمرت انسانا أن يزوجنيها فهي طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شئ فلا يحنث بتزوجه بعده وعن أبي يوسف اذا قال ان تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال في الكتاب لانه حنث بالخطبة فهذا يدل على أن اليمين منعقدة وهو رد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط أحدهما وأحدهما بعينه صالح والآخر لا فانه نص على الحنث حتى لو تزوج قبل الامر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بان قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بالف فقبلت طلقت وفي فوائد شمس الائمة الحلواني لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق ووجهه انه اعتراض الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فانت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين رجل له مطلقة فقال ان تزوجتها فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ما عشت فحلال الله على حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق على واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى أيتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي أن

مالك اطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط اما ههنا فيتيقن بوجود المحلوف به لان التزوج سبب لملك الطلاق ولو كان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامرأته ان دخلت الدار

فيصح يمينا أو ايقاعا (ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد أن يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين

يقع باليمين الاولى طلاق احداهما يصرف الى أيتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كأنه قال زينب وعمرة طالق ومن قال ذلك ولو امرأتان يقع على احداهما انتهى وفي نظره نظر أما قوله و ينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية الخ فبناء على ان التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح وأنت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع طلاق والمذكور في النوازل بناء عليه وأما قوله و ينبغي أن يقع باليمين الاولى طلاق احداهما الخ فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجتين معا فقد حرمهما وزينب وعمرة طالق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فاليه تعيينها واذا قال كل امرأة أتزوجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بان ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه (قوله فيصح يمينا أو ايقاعا) أي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لانه لا يعمل عندنا في الحال أو ايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال (قوله ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملك لان الجزاء لابد أن يكون ظاهر الوجود) أي ظاهرا وجوده عند الفعل وقوله وهو القوة أي على الامتناع هنا (قوله والظهور باحد هذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله للاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لاخافته لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لا يقال لم لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى أن يموت أحدهما

فانت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائز أن يكون دخولها بعد زوال الملك فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط أولى ان ينعقد اليمين و بان كان لا يملك التنجيز لا يدل على انه لا يملك التعليق كمن قال لجارية ان ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لا يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم وكمن قال لامرأته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاق السنة وان كان لا يملك تنجيزه في الحال ＊وهذا بخلاف الاهلية في المتصرف لانه لا بد منه في تصرف اليمين كما لا بد منه في تصرف الطلاق فاما الملك في المحل فمعتبر للطلاق دون اليمين ＊وهذا بخلاف البيع فان الايجاب احد شطري البيع وتصرف البيع قبل الملك لغو فاما الايجاب ههنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهو اليمين ＊وتاويل الحديث ما روي عن مكحول والزهري وسالم والشعبي رحمهم الله انهم قالوا كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا و يعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لا طلاق قبل النكاح وحديث عبد الله بن عمر غير مشهور ولو ثبت فمعنى قوله ان نكحتها أي وطئتها لان النكاح حقيقة للوطء و بهذا لا تحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا كذا في المبسوط (قوله فصح يمينا) أي عندنا أو ايقاعا عند الشافعي رحمه الله ＊ وحاصل الخلاف ان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا والتعليق تصرف في السبب باعدامه الى زمان وجود الشرط عندنا وعنده ينعقد سببا وأثر التعليق في تأخير الحكم فكان ايقاعا ولكن لم يثبت حكمه في الحال (قوله لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا) أي غالب الوجود ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة وانما سمي الحلف يمينا لان الحالف يتقوى على حمل نفسه على الفعل أو منعها عنه حذرا من أن يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث ولهذا سمي باليمين أيضا ذكر شرط و جزاء لوجود معنى الحمل أو المنع فيه حذرا من أن يلزمه الجزاء وهو الطلاق أو العتاق فان قيل اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فهذا يمين وليس فيه معنى الحمل أو المنع ＊قلنا العبرة للغالب الشائع ولا معتبر للافراد (قوله والظهور باحد هذين) أي كونه غالب الوجود في الملك أو في الاضافة الى الملك

(قوله فيصح يمينا) يعني عندنا على ما مر (أو ايقاعا) يعني عند الشافعي فان عنده كونه طلاقا معلق لا التطليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا) للمحلوف عليه (أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد أن يكون ظاهرا) أي غالب الوجود (والظهور باحد هذين) الامرين أما أن الجزاء لابد أن يكون ظاهرا (فليكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة) فان الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لاجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط وأما ان ظهوره باحد هذين الامرين فلانه اذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين أعني الحمل أو المنع

بمنزلة

(والاضافة الى سبب الملك) كقوله ان اشتريتك فانت حر (بمنزلة الاضافة الى الملك) كقوله ان ملكتك فانت حر (لانه) أي الجزاء (ظاهر عند سببه) يعني سبب الملك (قوله فان قال لاجنبية) تفريع على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى يؤول معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغاء وأجيب بان فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى مذمته كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا

والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الحالف ليس بمالك ولا أضافه الى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما وألفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لان الشرط مشتق من العلامة

لانا نقول يحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا تتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر ومعنى الاخافة هنا اخافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد أورد على هذا قوله اذا حضت فانت طالق فانه يمين مع انه لا حمل فيه ولا منع باخافة وأجيب بان العبرة للغالب لا للشاذ (قوله والاضافة الى سبب الملك) يعني التزوج (بمنزلة الاضافة اليه) قال بشر المريسي لا يصح لان الملك يثبت عقيب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي بخلاف ما اذا علقه بنفس الملك فانه حينئذ يتقدم الملك والجواب ما قال محمد حمل الكلام على الصحة أولى من الغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا أن يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد اذ ليس هذا موضعه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتبر تمام الكلام مضمرا تصحيحا والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح و يقع به كما قال به ابن أبي ليلى لان اليمين مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يحتال في تصحيحه وهذا ينافي ذلك الجواب و يكفي في جواب ابن أبي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى ورود أن يقال اما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته والاول تصحيح اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي والاولى أن يدفع ما قال ابن أبي ليلى بانه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا الاحسن المذكور في الكتاب أيضا بل الاولى أن يقال الاضافة الى سبب الملك مرادبها الاضافة الى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله ＊(فروع)＊ لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبله ثم نكحها يوقعه أبو يوسف لانه علقه بالنكاح وذكر معه وقتا لا يقدر على ايقاعه فيه فلغا ذكر الوقت و بقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ عند الشرط ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجاه امرأة بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى ملك النكاح لان تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق أما اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جملتها لو ومن وأي وأيان وأين وأنى وجميعها تجزم الا لو واذا وقيل يجزم بها اذا زيد بعدها ما والمشهور انه انما يجزم باذا في الشعر وكذا بلو قال＊لو يشأ طار به ذو ميعة＊(قوله لان الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء اشراطها أي

(قوله لان الشرط مشتق من العلامة) في الصحاح الشرط بالتحريك هو العلامة واشراط الساعة علاماتها

قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب أن يقال المقدر اما أن يكون محذوفا أو مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان أما الاول فظاهر لان التزوج أعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده و بعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه أصول الفقه (قال وألفاظ الشرط) عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها أسماء ولم يورد أحد حرفي الشرط وضعا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن

بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب أن يقال قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فانى له مدخل في ذلك وقوله (لان الشرط مشتق من العلامة) قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة وأشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى

(قوله وفيه نظر لان التعليق الى قوله والصواب أن يقال) أقول فيه بحث قال المصنف (لان الشرط مشتق من العلامة أقول يعني من اللفظ

وهــذه الالفاظ ممـا تليهـا أفعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقــة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا أنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو

علامانها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك فى المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أى يكون وجود الافعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء فالحاصــل ان معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء أى تدل على ذلك بالذات والاف كل من هذه ولفظ لو أيضا كذلك فى الجملة فانه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الفعل اذا وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا فجميع الادوات تفيد الوجود للوجود الا ان لما كانت أدخل حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضــعت لافادة امتناع الملزوم ودلت عــلى الوجود للوجود بالالتزام خصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده ينافيــه أعنى التعليق على ما على خطر الوجود لانها أفادت تحقق عدمه فلا يحصــل معنى اليمين ولعــدم حصوله لم تذكر لما وان كان لو قال لو دخلت الدار فانت طالق تعلق الطلاق كاذ كره التمرتاشى و يروى عن أبى يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الاصــلى ولا المشهور ولذا قال بعضهم لا يتعلق وفى الحاوى فى فروعنا لو قال أنت طالق لو تزوجتــك تطلق اذا تزوجها وقد ورد فى قوله وليخش الذين لو تركوا من خلفهــم ذرية الآية فذهب بعض النحويين الى تجويزه وأكثر المحققين انها ليست الا للتعليق فى الماضى وأجابوا عن الآية بما وقف عليه فى كلامهم وكذا لعدم حصول معــنى اليمين فى التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معــنى الشرط معها وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذى أضيفت اليه *(فروع)* قال أنت طالق لولا دخولك أولولا أبوك أولولا مهرك لم يقع وكذا فى الاخبار بان قال طلقت بالامس لولا كذا واعلم ان موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق الا بها الا أن يتقــدم فيتعلق بدونها على خــلاف فى انه حينئــذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمتقــدم دليله وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليــه من اعتباره الجواب فاذا قال ان دخلت الدار أنت طالق وقع للحال فان نوى تعليقــه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن أبى يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء كما فى قوله * من يفعل الحســنات الله يشكرها * ودفع بما اذا أجاب بالواو فانه يتنجز و يلغو الشرط مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفى الحكم روايتان ذكره فى الغاية قال فى الدراية ولو نوى تقديمه فى هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء وفيه ضعف لان واو الابتــداء لا تستعمل الا فى أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريد فى بيت هو هذا

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وأحببت ذكر بعض زيادة على ذلك وايضاحه ليفهم فنظمتها فى ثلاثة أبيات وهى هذه

تعلم جواب الشرط حتم قرانه * بفــاء اذا ما فعــله طلبا أتى

كذا جامدا أو مقسما كان أو بقد * ورب وسين أو بسوف ادر يا فتى

أو اسميــة أو كان منفى ما وان * ولن من يحد عما حددناه قد عتى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء فى الشرط بان قال أنت طالق فان دخلت لا رواية فيه ويمكن أن يقال يتنجز لان الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق وقياس المذكور فى حذف الفاء فى موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ الا أن ينوى التعليق لاتحاد الجامع وهو عــدم كون التعليق اذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا فى محله فلا أثر له

فعلى هذا معنى قوله مشتق من العلامة مشــتق من الشرط الذى هو بمعنى العلامة

العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا فى اللفظ والمعــنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظى فيعدز ذلك ليستقيم وقوله (وهذه الالفاظ مما تليها الافعال) يعــنى غــير كلــمة كل فانه يذكر فيما يليها اسم وفى كلامه نظر لانه اســتدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السمــاع وهــذه الالفاظ سمعت مستعملة فى موضع الشرط فــلا حاجــة الى الاســتدلال ولــئن صح الاســتدلال فدليله ههنا لا يفيــد مطلوبه لان مطلوبه ان هــذه ألفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشــتق من العلامة وهو مســلم على الوجــه الذى قررناه وهذه الالفاظ ممـا يليها الافعال وهــذا أيضا مســلم لكن قوله فتكون عــلامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتــــين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح

الدال عــلى العلامــة وهو الشرط بالتحريك قال الله تعالى فقد جاء أشراطها أى علاماتها (قوله فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه) أقول فيــه بحث فان ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية

وقوله (الا فى كلما فانها تقتضى تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار) فيــه نظر من وجهين أحدهــما انه عند كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين فان من قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج أخرى طلقت كذلك فكان الواجب أن يقول فى الاستثناء الا فى كل وكلما والثانى انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم فى كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التى طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هى باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيــه والتعميم فى الافعال انما يكون بتجــدد الافعال وهو المــراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهــى الى الثــلاث فان تزوجها بعــد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شئ لان الجزاء طلقات هــذا الملك ولم يبق

(قوله انما هى باعتبار ما يليها

انتهت اليمين) أقول فى كلمة كل أيضا

حرقال رضى الله تعالى عنه (ففى هذه الالفاظ اذا وجــد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غــير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه (الا فى كلما فانها تقتضى تعــميم الافعال) قال الله تعــالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعــميم التكرار قال (فان تزوجها

هذا ولو قال أنت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند أبى يوسف لا لان ذكره بيان لارادته التعليق ولو قال أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك فى غير المعينة مثل المرأة التى أتزوجها طالق أما فى المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع فى الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائى فى ذلك فى مجلس الرشيد فزعم الكسائى انها بمعنى اذا استدلالا بقوله تعالى يمنون عليك أن أسلموا بقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وقول محمــد أولى اذ لا أصــل لجعلها كاذا وليس المراد فى الآيتين ماذكر بل التعليل هو المعــنى الظاهر فيهــما ولو قال أنت طالق وان دخلت الدار طلقت بكل حال لان الواو فى مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف فى موضعه تقــديره ان لم تدخلى وان دخلت وان هذه هى الوصلية و يقع فى الحال بقوله أنت طالق اذ دخلت وبقوله ادخلى الدار وأنت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل أدى الى ألفا وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدى (قوله ففى هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط) واذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة أخرى الا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس وقال بعضهم فى متى انها تفيد التكرار كقوله متى تأته تعشو الى ضوء ناره * تجد خير نار عندها خير موقد والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى ان أى وقت تأتى تجد ذلك ففى متى خرجت فانت طالق المفاد ان أى وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق فى وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو أفادت التكرار وان مع لفظ أبدا مؤدى لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة أبدا فهــى طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا أجاب أبو نصر الدبوسى ومن غرائب المسائل ما فى الغاية من قال لنسوة له من دخــل منكن فهــى طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول أضيف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى واستشهد له بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا أفاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد فى السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحــد قتيلين فله سلبهما واستشكل بان العموم فى الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثانى بدلالة الحال وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قيــل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد فى كل مرة فقد أفادت اذا التكرار لعموم الاسم الذى نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهــما من ترتيب الحكم وهو الجزاء فى الاول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به وفى المحيط وجوامع الفقه لو قال أى امرأة أتزوجها فهــى طالق فهو على امرأة واحــدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث تعم بعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم أى امرأة أتزوجها بعموم الصــفة (قوله الا فى كلما فانه يتكرر) ومن لطيف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخــل بها كلما طلقتك فانت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقى عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق ان الشرط فى الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق لا يزيد على الثــلاث فيقتصر عليها وفى الاولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه ولا يقال طلقها اذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان احــداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة التعميم التكرار) أورد فى كل عموم ولا تكرار فانه

(قوله الا فى كلمة كلما) قال العلامة شمس الدين الكردرى رحمه الله لا فرق بين كلمة كل وكلما كما بين حيث

الخ) أقول أى بالذات أو بواسطة الخ (قوله قد انتهت اليمين)

شئ منها و بقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء ينتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجئ ‌(ولو دخلت على نفس

التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكرنا ان انعقادها باعتبار مايملك عليها من الطلاق بالتزوج) وهو غير محصور قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) اذا قال لها أنت طالق ان دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء والغرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء أيضا باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت فى محله وهى ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس فى الوقوع وانما هو فى بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففى البقاء أولى اذ البقاء أسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما أن يوجد الشرط فى الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط أو فى غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد فى الملك فنزل الجزاء المتعلق به وأما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثانى انحلت ووقع

بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شئ) لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء و بقاء اليمين به و بالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر) لان انعقادها باعتبار مايملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لانه لم يوجد الشرط فبقى والجزاء باق لبقاء محله فبقى اليمين (ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين

لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوج فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وأما لو قوع على امرأة أخرى بتزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط وأجيب بان المراد تعميم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد (قوله ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة) أبدا لان الشرط ملك يوجد فى المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه وعن أبى يوسف فى المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق فتزوج امرأة طلقت فان تزوجها ثانيا لا تطلق الامرة واحدة ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك أو تزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما اذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك الامرة واحدة والحاصل ان كلما عند أبى يوسف انما توجب التكرار فى المعينة لا فى غير المعينة وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما اذا نسب فعلها الى منكر فان قلت بينهما فرق فان كلا يقتضى عموم الاسماء وعموم الافعال يثبت ضرورة وكلما يقتضيه فى الافعال وعموم الاسماء يثبت ضرورة فاذا وجد فى لفظ كل اسم واحد انحلت فى حقه ولا يتكرر به نفسه و بقيت فيما سواه من الاسماء وفى كلما اذا وجد فعل انحلت باعتباره و بقيت فيما سواه من الافعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الاول أولا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الاسماء ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذ المقصود انه يثبت العموم فى الافعال والاسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفى مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قرر وافى ركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم فى آذانهم فلزم بالضرورة انها اذا انحلت فى فعل انحلت فى اسمه فلا يتكرر الحنث فى امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة و بين ماقاس عليه من المسئلتين ويدفع بان انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى وهو منتف لان دائرة عموم الافعال أوسع لان كثيرا من أفراده مايتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا اذا قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق فى الحال ولا بد من تقييد عدم البطلان بما اذا زال الملك بما دون الثلاث اما اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ماسيأتى ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين الى آخر ما فى الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبى حنيفة خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهى فى العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما اذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شئ عنده وينقص

وحيثما ولكن نشأ الفرق بينهما من وجه آخر وهو ان كلمة كل دخلت على المرأة فيوجب عموم مادخلت عليه فتعم أعيان النساء فاذا تزوج امرأة انحلت اليمين فى حقها لما أنها أصابت من كلمة كل حصتها فكأنها هى المحلوف عليها فقط فاذا تزوجها ثانيا فقد تزوجها بعد انحلال اليمين فلا يقع كما لو قال ان تزوجت امرأة فهى طالق فلا تطلق ثانيا بالتزوج الثانى وأما كلما فانما دخلت على التزوج فيقتضى عموم التزوج و يلزم من عموم التزوج عموم النساء لان الفعل يفتقر الى العين ولا يلزمه من عموم النساء عموم التزوج فى كلمة كل لان العين لا تفتقر الى العرض

اليمين لوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية (وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج) على ماذكر فى الكتاب وهو واضح (قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج فى قولها حضت وأما اذا صدقها فانه يقع وقوله (كما قبل فى حق العدة والغشيان) اما قبولها فى العدة فبان تقول قد انقضت أو لم تنقض وأما فى الغشيان فيحتمل معنيين أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى الزوج الثانى والثانى أن يقبل قولها فى حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر أو حائض وقوله (لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها) وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهم فاما ان يوجد الحيض فى حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشئ موجودا ومعدوما فى حالة واحدة وهو محال وأجيب بان الشرع أثبت بقولها حضت فى هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما وليس ذلك ببدع فى الشرع فانه رتب على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضى أحدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه أمر خفى لا يطلع عليه وانما الكلام فى الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة اختلاف فى مقتضى وجوده وعدمه

و وقع الطلاق) لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وان وجد فى غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شئ) لانعدام المحلية (وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة) لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة) و وقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول وجه الاستحسان انها أمينة فى حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل فى حق العدة والغشيان لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها

عندهما (قوله وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق) وعلى هذا لو قال ان لم تدخلى اليوم فانت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وان كانت متمسكة بالاصل وهو عدم الدخول ولو قال ان لم اجامعك فى حيضتك فانت طالق فقالت لم يجامعنى وقال فعلت فالقول له مع انها متمسكة بظاهر من عدم الجماع وحرمته فى الحيض الداعية الى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما فى النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله خلافا لزفر اهذا أيضا فهذا أصل كلى بخلاف ما لو قال وهى فى طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك فى حيضتك فانكرت فالقول لها ان كانت طاهرة لانه يريد ابطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف اليه أما الاول فلان المضاف سبب فى الحال وأما الثانى فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها) عليه الا ربعة رحمهم الله تعالى وعن أحمد لا يقع وتختبرها النساء بادخال قطنة فى فرجها فى زمان قالت ذلك ودفع بانها أمينة مأمورة باظهار مافى رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن تحريم كتمانها أمر بالاظهار وفائدة الامر بالاظهار ترتيب أحكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا يوصل الى علم ولا ظن لجواز أخذ دم من الخارج تحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا اذا كذبها أما اذا صدقها طلقت فلانة أيضا وكذا فى جميع نظائره (قوله كما قبل فى حق العدة) أى انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت عدتى انقطع حق الرجعة أو قالت لرجل آخر انقضت عدتى من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أى حل الوطء وحرمته فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل أو قالت للمطلق ثلاثا تزوجت بثان وغشينى حلت له لا يقال اما أن تكون حاضت أولا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثانى لا يقع على واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه فى حقها شرعا الاخبار به لانها أمينة وفى حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد واخبارها به لا يسرى فى حقها مع التكذيب ولا بعد فى أن يقبل قول الانسان فى حق نفسه لا غيره كأحد

(قوله لما قلنا) اشارة الى قوله و بقاء اليمين به و بالشرط (قوله كما فى الدخول) أى فى دخول الدار والقياس أن لا يقع الطلاق عليها بقولها الا انها تدعى شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا يصدق بلا حجة كما لو علق طلاقها بدخول الدار *وجه الاستحسان أن هذا الامر لا يعرف الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعى فيجب عليها ان تخبر كيلا يقع فى الحرام اذ صيانة نفسها وزوجها عن الحرام واجبة

(قوله والآخر العدم) أقول عن محل وجود الحل مثلا (قوله بخلاف ما نحن فيه) أقول فانه يقتضى عدم الحيض عما وجد فيه فى حق طلاق الضرة وعتاق العبد

(وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله فى نار جهنم فانت طالق وعبدى حر فقالت أحبه أو قال ان كنت تحبينى فانت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هى ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها) لما قلنا

الورثة اذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه الا أن يصدقه الباقون والمشترى اذا أقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا أخبرت بالحيض وهو قائم أما بعد الانقطاع فلا لانه ضرورى فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت حيضة حيث يقبل قولها فى الطهر الذى يلى الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها أخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا أخبرت فى الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع وهذا لانها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه اذا حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا أن يصدقهما فان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق احداهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن أربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق واحدة أو ثنتين وان صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا فى حق نفسها الا أن يصدقها فيثبت فى حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة طلقت هى وحدها لتمام الشرط فى حقها لان قولها مقبول فى نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها فى غيرها فلم يتم الشرط فى الغير وان كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا فى حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك اذا قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله الى قوله لما بينا)

ولما كانت الصيانة واجبة كان طريق الصيانة وهو اخبارها واجبا وهى المتعينة لاقامة هذا الواجب فيجب قبول قولها وهذا لانها مأمورة باظهار ما فى رحمها لان الكتمان حرام لتخرج عن عهدة الواجب ولانها صارت أمينة من امناء الشرع فيجب قبول قولها لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن وقد تعلق بالاظهار أحكام شرعية فصارت مأمورة بالاظهار ضرورة فاذا صارت مأمورة بالاظهار يجب قبول قولها ليفيد الاظهار ومتى وجب قبول قولها وجب ترتب الاحكام عليها اذ هو المعنى بالقبول ولهذا قبل قولها فى حق العدة اذا أخبرت بانقضائها بالحيض فى مدة تنقضى فى مثلها حتى يبطل حقه فى الرجعة وفى حق حرمة وطئها اذا أخبرت برؤية الدم وحل الوطء اذا أخبرت بانقطاع الدم وكان ينبغى ان يقع الطلاق عليهما لانا حكمنا بوجود الشرط بقولها وطلاق صاحبتها اجزاء وهذا شرط لطلاقها ولكنا ندع القياس ونوقع الطلاق عليها دون صاحبتها بقولها حتى يعلم انها حاضت حقيقة لانا انما قبلنا قولها بطريق الضرورة لتخرج عن عهدة الواجب أو لئلا يقع التقصى عن الحرام ولا ضرورة فى حق صاحبتها والحكم بوقوع الطلاق فى حقها لا يكون حكما بوجود الشرط فى حق صاحبتها لانها شاهدة فى حقها بل متهمة فيجعل كان الطلاق وقع عليها لا بقضية الشرط فى حق صاحبتها وغير ممتنع ان يقبل قول شخص فى حق نفسه ولا يقبل فى حق غيره كأحد الورثة اذا أقر بدين على الميت لرجل وكذبته بقية الورثة وكما اذا ثبت الملك للمستحق باقرار المشترى لم يرجع على البائع بالثمن (قوله وكذلك لو قال ان كنت تحبينى) الى قوله ولا تطلق صاحبتها غير ان هذه المسئلة تفارق المسئلة الاولى بوجهين * أحدهما ان هذا يقتصر على المجلس ان أخبرت بذلك فى المجلس يقع ولا يقع فى غير ذلك المجلس لانه أثبت التخيير حيث جعل الامر الى اختيارها بمحبتها وفى مسئلة الحيض لا يقتصر لانه

وقوله (وكذا لو قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها

ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففى حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهى المحبة (واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام) لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت) لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء

يريد أنها أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال الصدق فاما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط أجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب فى الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فانت طالق فقالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل فى المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخلفية قلنا بل عدم امكان الوقوف على ما فى قلبها أوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفى الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان أمكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته أنت طالق ان كنت أنا أحب كذا ثم قال است أحبه كاذبا فهى امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسى هذا بانه ان لم يعلم ما فى قلبها فانه يعلم ما فى قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا اذ القلب متقلب لا يثبت على شئ فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الخفية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض فى أنه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفى الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا أن تكون صادقة *(فرع)* فى الجامع الاصغر قال الفقيه أبو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيأ من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لان الزوج فى الغالب لا يريد الا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان كنت أنا قرطبان فانت طالق تطلق وان قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتى أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أو جنى عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر فانه اذا استمر

ليس فيه معنى التمليك بل هى نظيرة سائر التعليقات فلا يقتصر على المجلس * والثانى انها لو كانت كاذبة فيما قالت لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى فى مسئلة الحيض وأما فى مسئلة المحبة فيقع لان حقيقة المحبة والبغض مما لا يوقف عليهما من قبل أحد لا من قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب منقلب لا يستقر على شئ فما لم يوقف عليه يتعلق الحكم بدليله كالسفر مع المشقة والنوم مع الحدث فصار كل الشرط هو الاخبار عن المحبة وقد وجد فتبعه حكمه فاما الحيض فان له حقيقة وأياما معلومة فيتعلق الحكم به فاذا أخبرت كاذبة لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى المبسوط لفخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه (قوله ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال وهو ان يقال لما كان قبول قولها فى حقها باعتبار الصدق فاذا أخبرت بمحبة العذاب ونحن نتيقن بكذبها فى ذلك وجب ان لا يقبل قولها أصلا * فيقال لم نتيقن بكذبها فى ذلك فان الجاهل قد يختار العذاب على ما يبغضه فلعلها لشدة بغضها زوجها وجهلها بمقدار ألم العذاب تختار ذلك فلم تكن كاذبة قطعا (قوله فاذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت) * وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت المرأة غير مدخول بها

وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله (وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها) ظاهر

ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر (واذا قال أنت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم) لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار

ثلاثة أيام يصح النكاح و يعتبر في العبد جناية الاحرار ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر) أي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون الاول بدعيا لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا في ذمتها وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع (قوله لان الحيضة بالهاء هي الكاملة) عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزأ خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض خمسة أيام التيقن بالنصف قلنا هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهرة أنت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لان اليمين يقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه و بقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناول الماضي بخلاف قوله أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق اذا حاضت فلا ينتظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار) اذ لم يقل اذا صمت يوما أو شهرا فيتعلق بما يسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم أو شهر لانه لم يشترط كماله بخلاف ما اذا قدره بمعيار كاذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره اذا صمت يوما اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار واذا صليت صلاة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة

فانها ما رأت وتزوجت بزوج آخر واستمر بها الدم ثلاثة أيام كان النكاح صحيحا لانقطاعها عن الزوج باول ما رأت لا الى عدة وتظهر أيضا فيما اذا قال ان حضت فعبدي حر والمسئلة بحالها كان العبد حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب للعبد وتظهر أيضا في حق الجناية منه وعليه (قوله ولهذا حمل عليه) أي على الحيضة الكاملة في حديث الاستبراء وهو قوله عليه السلام ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بالحيض وكمال الحيض بانتهائه وذلك بانقطاع الدم اذا كانت أيامها عشرة أو بالانقطاع والغسل أو ما يقوم مقام الغسل اذا كانت أيامها دون العشرة * وانما يقبل قولها اذا أخبرت بالحيض أو الطهر الذي هو شرط وقوع الطلاق وهي في تلك الحالة اما اذا لم تكن موصوفة بها فلا يصدق بيانه اذا قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق فمكثت عشرة أيام ثم قالت المرأة حضت حيضة فطهرت واغتسلت وكذبها الزوج فالقول في ذلك قولها وأما اذا قالت بعد تطاول الزمان حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع الطلاق عليها الا انها أخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها وكذا قال لها ان حضت فانت طالق فمكثت خمسة أيام ثم قالت قد حضت منذ خمسة أيام وأنا الآن حائض وقع عليها الطلاق ولو قالت حضت وطهرت لا تصدق اذا كذبها الزوج والمعنى فيه هو ان الله تعالى جعل المرأة أمينة فيما تخبر فيه من الحيض أو الطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها فما دامت الاحكام قائمة كان الائتمان قائما من جهة الشرع فتصدق واذا كانت الاحكام منقضية كان الائتمان فائتا فلا تصدق وهذا بخلاف المودع اذا قال رددت الوديعة أو هلكت فانه يصدق ولا يشترط لتصديقه فيما أخبر به قيام الامانة لان المودع

وقوله (اذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا وقوله واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعدما طهرت وقوله (في حديث الاستبراء) يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة أراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان أيامها عشرة أيام و بالانقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه اذا كانت أيامها دون العشرة وقوله (واذا قال أنت طالق اذا صمت يوما) ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك (بخلاف ما اذا قال اذا صمت) فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب

وقد

وقد وجد الصوم بركنه وشرطه (ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما و جارية ولا يدري أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل) لانها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شئ آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى أن يؤخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا (وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا

(قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري أيهما الاول) لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شئ لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي من انه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا قيل ينبغي أن لا يعول عليه لانه مستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالاقراء ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدري أولهم وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لان الغلام ان كان أولا أو ثانيا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتين بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي ما بقي في البطن ولد وان كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شئ لان اليمين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع بالغلام شئ لانه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالاقل قضاء و بالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لانه اذا كان الغلامان أولا وقعت واحدة باولهما ولا يقع بالثاني شئ ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها واحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث و واحدة ولو قال ان كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم كله فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لا يقع كما في قوله ان كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فانت طالق فان كان الذي تلدينه غلاما فطالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي (قوله وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبنى الخلاف أنه اذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو ان دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع

صار أمينا من جهة صاحب المال صريحا وابتداء لا لضرورة اقامة الاحكام فان صاحب المال ائتمنه مطلقا اما المرأة انما صارت أمينة فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها على ماذكرنا (قوله وقد وجد الصوم بركنه) وهو الامساك عن المفطرات نهارا وشرطه وهو النية والاهلية (قوله فولدت غلاما وجارية) ان علم ان الغلام أول طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شئ وان علم ان الجارية أول طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان قالا لا ندري طلقت واحدة قضاء وفي التنزه ثنتان وان ولدت غلاما و جاريتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين أولا فهي طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادتها الغلام وان ولدت الغلام أولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين أولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية والثالثة بولادة الغلام وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى كذا في المبسوط ولو قال ان كان حملك هذا جارية فانت طالق واحدة وان كان غلاما فثنتين فولدتهما لم يقع لان الحمل اسم لجميع ما في البطن وما في البطن ليس بغلام ولا جارية فلم يوجد شرط الحنث ألا ترى انه لو نظر الى جوالق فقال ان كان ما فيه حنطة فامرأتي طالق وان كان ما فيه دقيقا فعبدي حر فاذا فيه دقيق وحنطة لم تطلق ولم يعتق

قال (ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة) هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه ان علم أن الغلام ولدته أولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شئ بعده وان علم ان الجارية ولدت أولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر أيهما أول يلزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا وترك وطء امرأة تحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه وقوله (والعدة منقضية بيقين لما بينا) يريد قوله لانها لو ولدت الغلام أولا الخ وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله (ان كلمت أبا عمرو) على ماذكره في الكتاب واضح سوى ألفاظ نذكرها

يوسف فهى طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى) وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان فى الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا فى غير الملك فلا يقع أو وجد الاول فى الملك والثانى فى غير الملك فلا يقع أيضا لان الجزاء لا ينزل فى غير الملك فلا يقع) أو وجد الاول فى غير الملك والثانى فى الملك وهى مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثانى اذ هما فى حكم الطلاق كشئ واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام

قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر رحمه الله عند كل منهما وقياسه فيما اذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل ان جاء زيد وعمرو فانت طالق فان الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق الا أن يجيء كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك فى مسئلة اذا حضتما فانتما طالقان وجعله فى شرح الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد فى الفعل هنا بل فى متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانهما لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدده بالقوة وجه قول زفر اعتبار الاولى من الوصفين بالثانى فى وجوب قيام الملك عنده اذ هما فى حكم هذا الطلاق كالشئ الواحد لتوقفه على كل منهما (ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم) وانما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الاهلية قيام الملك فى الحال وكون الشرط الملك ليصير الجزاء فى الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا الى ظهور الاستصحاب ومتيقنا فى الثانى فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الاخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فاذا تمت لا يحتاج فى بقائها الى ذلك لان بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة وانما يحتاج اليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت الا عند الاخير فلا يشترط الملك الا عنده وهذا ما وعده المصنف فى أوائل الباب وأما الشرطان فحقيقتهما حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيره أما الثانى فكقوله ان أكلت ان لبست فانت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذى سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصورته فى الجامع قال كل امرأة أتزوجها ان كلمت فلانا فهى طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحى ان أردت ان أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم المعنى ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحى ان أردت ان أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان أراد النبى أن يستنكحها فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبى ان أراد النبى فالمعنى ان أراد النبى أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها قيل ويحتمل تأخر ارادته لانها كالقبول فالمعنى ان وهبت مؤمنة نفسها للنبى فان أراد النبى أى قبل أحللناها ووجه المسئلة انه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وان روى عن محمد فى غير رواية الاصول انه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط فى موضعه وهو رأى امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير الا بدليل والكلام فى موجب اللفظ ولا الشرط الثانى مع ما بعده هو الجزاء للاول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من اضمار الحرف لانه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شئ آخر فكان قوله ان أكلت مقدما من تأخير لانه فى حيز الجواب المتأخر والتقدير ان لبست فان أكلت فانت طالق وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز فى مثل ان دخلت الدار أنت طالق وعلى ما قدمناه عن أبى يوسف من لزوم اضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب وفى التجريد لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت فلانا فلا بد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهى فى العدة ثم كلمت فلانا وهى فى العدة طلقت انتهى وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان

ولو قال ان كان ما فى بطنك لزمه لو جود لشرطين والمراد بالتنز التباعد عن مظان الحرمة (قوله اذ هما فى حكم الطلاق كشئ واحد) من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع فى غير الملك فكذلك ههنا (قوله الا أن الملك يشترط حالة التعليق) جواب سؤال وهو

وقوله (فى حق الطلاق كشئ واحد) يعنى من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا (ولنا ان صحة الكلام) أى صحة هذا الكلام الذى هو اليمين (باهلية المتكلم) وهى قائمة به فتكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حالا أو ما بعدها وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت

(قوله ولنا ان صحة الكلام) أى صحة هذا الكلام الى قوله ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق الخ) أقول تفريع المصنف صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لا يطابق لما ذكره الشارح فليتامل (قوله وحالة تمام الشرط) أقول معطوف على قوله حالة التعليق

الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى عليه هى طالق ما بقى من الطلاق) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه وأصله ان الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم ما دون الثلاث فتعود اليه بما بقى وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ) وقال زفر رحمة الله تعالى

المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتنى فانت طالق لا تطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط فى العطية الوعد وفى الوعد السؤال فكأنه قال ان سألتنى ان وعدتك ان أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى رحمهما الله تعالى ومن الحنابلة من قيد ذلك بما اذا كان الشرط باذا فان كان بان تطلق لوجودهما كيف كان لان المعروف فى ذلك اذا لا ان وأما الاول فاذا قال أنت طالق اذا قدم فلان واذا قدم فلان أو ذكر بكلمة ان أو متى فايهما قدم أولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر لان قوله أنت طالق اذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء والشرط الثانى لا جزاء له فاذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه أى تعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال واذا قدم فلان فانت طالق تلك التطليقة فلذا لو قدما معا لم يقع الا طلاق واحد وكذا اذا تخلل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فانت طالق واذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط الثانى شئ الا أن ينوى أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثانى وان أخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فانت طالق لا يقع حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع الا بوجودهما لانه لو وقع باولهما صار عطفا على اليمين كالاول لا على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق باحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فاما اذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطا واحدا كما فى مسئلة الكتاب الا أن ينوى وقوع الطلاق باحدهما لانه نوى اضمار كلمة الشرط كذا فى شرح الزيادات *(تنبيه)* يشترط فى صحة الشرط الاتصال كالاستثناء وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفى الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فانت طالق يتعلق استحسانا وقال الكرخى ينبغى أن لا يتعلق على قوله لان الثانى لغو كقوله حر وحر ان شاء الله تعالى على قوله والجواب انه تأكيد بخلاف وحر لان التأكيد بلفظه لا يكون بالواو فانما ايشا كله حر حر ان شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا ان السكوت والعطف لا يمنعان العطف ما دام فى المجلس كذا فى الذخيرة لان العطف غير مغير بل مقرر بخلاف الشرط والاستثناء واذا تعقب الشرط أجزية ليست ايمانا تامة ذكرناه من قريب قيد الكل واذا قال أنت طالق وعبده حر ان كلمت فلانا يتعلق كل منهما به وعن هذا اذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا وأربعا ان دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا وطلقها اثنتين الخ) فائدة الخلاف لا تظهر فى الصورة المذكورة فى الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلان الباقى واحدة بها يكمل الثلاث وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وانما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة وعندهما لا اذ ملك بعد الوقوع ثنتين (قوله وسنبينه بعد) ونحن نبينه هناك ان شاء الله تعالى (قوله

أن يقال لما كان محل اليمين الذمة ينبغى ان لا يشترط الملك وقت التعليق فاجاب بذلك (قوله وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك) كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ووجد الشرط فانها تطلق بالاجماع وهى مسئلة الهدم فيما دون الثلاث وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا علق

عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنقاب اذا انتقص فى خلال الحول فانه لا يضر وقوله (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا) مسئلة الهدم وهى معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكر فى الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق أما عند محمد فلعدم الهدم وأما عندهما وان وجد الهدم قبل الدخول فى الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا لتحققه (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ وقال زفر

يقع الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ) اذلم يقيد تطليقات فى ملك دون ملك فلا يتقيد (قوله وقد بقى احتمال وقوعها) أى بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فاذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هى المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط أو حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والشكل ينتقى بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر فى المنع والحمل لم يصح أن يقال ان حضت فانت طالق لانه لا يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا وأجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم

عليه يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقى احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هى المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا أبانها لان الجزاء باق لبقاء محله

ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) لما قدمنا ان معنى اليمين انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الاخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها الى الاول لانه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا العدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الاطلاق به بدلالة حال المتكلم أعنى ارادة اليمين وأيضا بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له وانما تحدث محليتها بعد الثانى فصارت كالمرتدة تحدث محليتها بالاسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت حماما أو بستانا لا يقع اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لانه وان كان استفاد حلا جديدا وملكا جديدا ملك به الثلاث لان عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها اليه وأورد بعض أفاضل أصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك والغرض ان الباقى من هذا الملك ليس الا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فانها تقع واحدة لانه لم يبق فى ملكه سواها والجواب ان هذه مشروطة والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلاث ما دام ملكه لها فاذا زال بقى المعلق ثلاثا مطلقة كما

الواحدة بدخول الدار ثم نجز طلقتين وتزوجت بزوج آخر فعادت الى الاول ودخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحقق الهدم (قوله وقد بقى احتمال وقوعها) أى بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر (قوله ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) الطريق المعتمد فيه أن يقول بوقوع الثلاث عليها خرجت من أن تكون محلا للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلاث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار بستانا أو حماما لا يبقى اليمين وكما اذا قال ان كلمت فلانا فامرأته طالق فمات فلان * فان قيل أليس انه لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق مع انه بالبيع لم يبق العبد محلا ليمينه وكذلك بقيت محلا للظهار بعد الطلقات الثلاث كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت على كظهر امى فبانت بالثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار يثبت الظهار ولو طلقها ثنتين فى مسئلتنا ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلاثا ولو تقيد الجزاء بذلك الملك لما عتق فى المسئلة الاولى ولما وقع

يتحصر فى صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت فى الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب أن يقال الشرط فى مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله (بخلاف ما اذا أبانها) يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أى فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهى مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت على كظهر أمى فطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار وأجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثانى بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثانى الا أنها ان دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما فى ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار (ولو

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول وفى نظره نظر فان عدم الانحصار فيه لا يخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضا اذ لا يحلف بامثالها فى الاغلب فليتأمل

(ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة (وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى عليه انه أوجب المهر فى الفصل الاول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا أخرج ثم أولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى الاستثناء)

هو اللفظ لكن بشرط بقاء المحل للطلاق فاذا نجز تنتيز زال ملك الثلاث فبقى المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها وهذا ثابت فى تنجيزه الثنتين فيقع والله أعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فانت على كظهر أمى ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل الاصلى الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود فى النكاح أما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات (قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرجه فى الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر أى العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك) فانت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عليه عقر لها وعن أبى يوسف انه أوجب العقر فى الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقى العقر (وجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لانه وجد الادخال الا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد أى فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة فى المجلس الواحد واذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف فى البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق فى هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبى حنيفة خلافا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستانف للرجعة بخلاف ما اذا أخرجه ثم أدخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الادخال لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

(فصل فى الاستثناء) هو بيان بالا أو احدى أخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع حدا اسميا المفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره يراد الكائن بعض الجنس فى المتصل ويقيد بغيره فى المنقطع والاوجه كون الخلاف فى ان الا حقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطئ

الظهار ولما طلقت ثلاثا ههنا بل وقعت واحدة قلنا العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم يبق اليمين واما الثانى فان محلية الظهار لا تنعدم بالطلقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة الى وجود الكفارة وهذه حرمة الى وجود ما يرفعها وهو الزوج الثانى وأما اذا طلقها ثنتين فالمحل باق اذ المحلية باعتبار صفة الحال وهى قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فسرى اليه حكم اليمين تبعا وان لم ينعقد اليمين عليه قصدا (قوله فى الفصل الاول) أى فيما اذا لبث بعد الايلاج ولم يخرجه لوجود الاستمتاع فى غير الملك (قوله لوجود الجماع بالدوام عليه) لان الجماع عبارة عن الاجتماع وهو ثابت بالدوام عليه والله تعالى اعلم بالصواب *(فصل فى الاستثناء)*

(قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا) ظاهر وقوله (فى الفصل الاول) يعنى اذا لم يخرجه وقوله (لوجود الجماع بالدوام عليه) معناه انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائى وقوله (ولا دوام للادخال) معناه ان الدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وقوله (وجب العقر) قال فى ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابى العقر فى شرح الجامع الصغير وقوله (لوجود المساس) اشارة الى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبى يوسف وأما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغى أن يصير مراجعا فى هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

(فصل فى الاستثناء) الاستثناء هو التكلم بالباقى بعد الثنيا وألحقه بفصل التعليق لتآخيهما فى كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما

(فصل فى الاستثناء)

(واذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

والاشتراك اللفظي فانه أفيد بخلاف معنى لفظ الاستثناء فانه لا طائل تحته بل لا حاجة اليه والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من اثبات موجبه الا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسئلة ان شاء الله لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهيعة لانه منع لا الى غاية والشرط منع الى غاية تحققه كما يفيده أكرم بني تميم ان دخلوا ولذا لم يورده في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفي قال تعالى ولا يستثنون أي لم يقولوا ان شاء الله وللمشاركة في الاسم أيضا التحق ذكره في فصل الاستثناء وانما يثبت حكمه في صيغ الاخبار وان كان انشاء ايجاب لا في الامر والنهي لو قال اعتقوا عبدي بعد موتي ان شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه ولو قال بع عبدي هذا ان شاء الله كان للمأمور بيعه قيل لان الايجاب يقع ملزما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا لذلك والامر لا يقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليجب اعتبار صحته وعن الحلواني كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد ان شاء الله له أداؤه بتلك النية وهل الشرط في صحته تصحيح حروفه وان لم يسمعه أو أن يسمعه يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة (قوله واذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله الخ) وكذا اذا قال ان لم يشأ الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو الا أن يشاء الله أو ان شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقف له على مشيئة لم يقع اذا كان متصلا فلا يفتقر الى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكى عندنا فيه خلاف قال خلف يقع وقال أسد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع قلت لا قال كذا هذا وكذا اذا لم يدر ما هو ان شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر اذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري ان السكوت رضا يمضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به واعلم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفيا أي مدة مشيئة الله فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر وانما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة اذا كان الاظهر كونها المصدرية الظرفية ليسترجح تعليقه بالمشيئة لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولا اسميا ثم لا يقع قضاء ولا ديانة اذا قلنا بتساوي استعمالها واخبر أنه أراد الظرف أما اذا لم يكن نية فينبغي ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية أما لو قال ان شاء زيد فهو تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه فان شاء فيه طلقت والا خرج الامر من يده وكذا الا أن يشاء زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو الا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويعتبر في ذلك كله اخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة وأخواتها أمر باطن وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا اذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها اليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله تعالى وارادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه معنى التعليق اذ الباء للالصاق والكائن في التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضاف الاربعة وما بعدها بالباء الى العبد كان تمليكا وان قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو باذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه اليه تعالى أو الى العبد لانه يراد به في

(قوله واذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى لم يقع) اختلفوا في هذا الكلام شرط أو ابطال قال ابو يوسف رحمه الله شرط وقال محمد رحمه الله ابطال لان الشرط اعدام السبب الى زمان وجود الشرط وهذا اعدام أصلا فلا يكون شرطا فابو يوسف رحمه الله اعتبر اللفظ ومحمد رحمه الله اعتبر المعنى وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله تعالى قال ابو

كانت مسئلة ان شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام أو باعتبار ان الله تعالى سمى ذلك استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا في ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال أو للتعليق فذهب أبو يوسف الى الاول ومحمد الى الثاني والى هذا اشار المصنف في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال أو تعليق وستذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك ان شاء الله تعالى (واذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق)

(قوله ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول منعا لا الى غاية بخلاف الشرط فانه يمنع الى غاية

لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه

مثله التنجيز عرفا وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء أضافه الى الله تعالى أو الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف في ان أضافه اليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها الا في قوله طالق في علم الله تعالى فانه يقع في الحال لان في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقا بامر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لان المراد بها هنا التقدير وقد يقدر شيأ وقد لا يقدره حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي والاوجه أن يراد العلم على مفهومه واذا كان في علمه تعالى أنها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع لان معنى أنت طالق في قدرة الله تعالى أي في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه يقال للفاسد الحال في قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه في الحال وفيه أيضا وان أضاف الى العبد بفي كان تمليكا في الاربع الاول وما بمعناها من الهوى والرؤية تعليقا في الستة الاواخر ولا يخفى ان ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فيثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل والمسئلتان مذكورتان في النوازل وقال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجهه ما بيناه وقال لو لم يقيد باليوم في اليمين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل وقد ظن انه يخالف مسئلة النوازل والجواب ان مسئلة المنتقى تعلق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت اذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لاوقعهما الزوج وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين لعدم مشيئة الله اياهما فلا يقعان أبدا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق الخ) غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي أخرج أصحاب السنن الاربعة من حديث أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السختياني وقال اسمعيل بن ابراهيم كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا لا يرفعه اه وهذا كله غير قادح في الرفع لما قد منا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله والاستدلال بالحديث المورد في اليمين لا يتم في مجرد أنت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان وأما ما أخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن أبي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى أو لغلامه أنت حر ان شاء الله تعالى أو علي المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول باسحق هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما وأخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عبد الحق بحميد وتعدد طرق الضعيف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع

يوسف رحمه الله يعود الى الجملة الثانية لان الجملة كاملة في حق التعليق وقال محمد رحمه الله يعود اليهما لان الاولى ان كانت كاملة من حيث التعليق ناقصة من حيث اتصال الابطال بها فانصرف الابطال اليهما بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وان كلمت فلانا فعبدي حر ان جاء

(لقوله عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لاحنث عليه)

(ولانه أتى بصورة الشرط) أى بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (والتعليق اعدام) أى اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلا (فيكون اعداما من الاصل) فكان ابطالا للكلام (ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء أوذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول

(قوله ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا) أقول فيه تامل الا أن يكون الكلام مبنيا على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول أى الذى أتى فيه بحرف الشرط قال المصنف (فيكون اعداما من الاصل) أقول قال ابن الهمام يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اه وفيه بحث فان أبا يوسف استدل بهذا أيضا على مذهبه كما سيجىء فى كتاب الاقرار

ولانه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول)

لكن هذا القدر من التعدد لا يكفى (قوله ولانه أتى بصورة الشرط) أى بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا أو منتفية قطعا فلا تردد فى حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (وانه اعدام) أى التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل) يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى حتى يلج الجمل فى سم الخياط وقال

اذا شاب الغراب أتيت أهلى * وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبى يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى وقد نقل الخلاف بين أبى يوسف ومحمد على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء فى موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفى شرح المجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاجتنبه بخلاف قوله ان شاء الله فانت طالق وفيما اذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار يقع وعلى الابطال الى الكل لعدم الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع ولو أدخله فى الايقاعين فقال أنت طالق وعبدى حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع أما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال وأما عند أبى يوسف فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفى فتاوى قاضيخان الفتوى على قول أبى يوسف الا أنه عزى اليه الابطال فتحصل أن الفتوى على انه ابطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول) أى اذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بجشاء أو تنفس وان كان له منه بد بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلاثا فى قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله عند أبى حنيفة خلافا لهما لان التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد وقياسه اذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيرى انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح وحر لقوله حر تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال أنت طالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند أبى حنيفة وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا لانه يثبت به تكميل الاول ولو قال ثلاثا وان أو البتة لا يصح الاستثناء فى ظاهر الرواية لانه مع الثلاث لغو وعن محمد يصح هذا ويتراءى خلاف فى الفصل بالذكر القليل فانه ذكر فى النوازل لو قال والله لا أكلم فلانا أستغفر الله ان شاء الله هو مستثن دينه لا قضاء وفى الفتاوى لو أراد أن يحلف رجلا ويخاف أن يستثنى فى السر يلغو ويأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله أو غيره من الكلام والاوجه أن لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر ولو كان بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله أو أراد أن يقول فسد انسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح وعن هشام سألت محمدا عن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وهو يريد أن يستثنى فامسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعنى اذا لم يستثن بعد التخلية ولا يكتفى بذلك الفصل واشتراط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الاربعة وعن ابن

فلان حيث ينصرف الى الاخيرة بالاتفاق ولو قال انت طالق وعبدى حر ان شاء الله انصرف اليهما بلا خلاف لانه ان اعتبر شرطا كما قال ابو يوسف رحمه الله انصرف اليهما واذا اعتبر رفعا وابطالا كما قاله محمد رحمه الله

فيكون الاستثناء أوذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال رضى الله تعالى عنه

عباس جوازه الى سنة وعنه أبدا وقال سعيد بن جبير الى أربعة أشهر وعن الحسن البصرى تقيد بالمجلس وهو قول الاوزاعى استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعنى الملك قل ان شاء الله فنسى الى آخره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا جميعا قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعنى متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال فى مكة لا يختلى خلاها الحديث فقال له العباس رضى الله عنه الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال فى أسرى بدر لا يفلت أحد منهم الا بفداء أو ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل بن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما أجيب به عن هذين بانه كان على جهة النسخ دفع بانه بالاوهى تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها وليس بلازم لان المقصود الرفع بنفس لفظ القائل ايذانا بانه وافق الشرع المتجدد وفى العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى مدلول عليها بها كأنه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه أبو داود فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها الا أتى التى هى خير وكفر عنها فيجوز رأى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه ومنها الطلاق قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث السابق فلا حنث عليه والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف العملى لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن فى لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه أيضا اللوازم المذكورة فى الاصل من انه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار بمال ولا ما لا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وشى به أعداؤه اليه بانه يرد رأى جدك ابن عباس فى جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما معناه ان هؤلاء فيما يحصن الخلافة عليك ومنع خروج الحالفين لك من الحرج عليك والاجازة لهم أن يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعى كمذهبنا فى أنه اذا قال متصلا بقوله طالق أو حرة ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وأحمد فى ظاهر الرواية عنه يتنجزان لانه علقهما بشرط محقق لانه لو لم يشأ الله كان من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ويوضحه انه اذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره وان أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال والحجة لنا ما رويناه من المعنى والجواب عن متمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما فى مشيئة الله تعالى ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى وقوله فقد حكمت الشريعة الى آخره ليس على اطلاقه اذ التعليقات من نحو أنت طالق ان قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه فى الحال بالاجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أوذكر الشرط الخ) انما نوعه لما ذكرنا انه على قول محمد استثناء وعلى قول أبى يوسف تعليق على أحد وجهى النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فلله على ان أتصدق بمائة مثلا قال فى النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الامثال ما ليس به حقيقة ولان المثل تشبيه ولا يكون

فكذلك وتظهر ثمرة الخلاف أيضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدى حر ثم قال لها انت طالق ان شاء الله يحنث عند أبى يوسف رحمه الله لانه يمين وقال محمد رحمه الله لا يكون يمينا ولا يحنث وذكر فى شرح الطحاوى ان قوله ان شاء الله تعالى كما يبطل الكلام الذى قبله كذلك لو قال ان لم يشأ الله تعالى أو قال ما شاء الله تعالى وكذا اذا علق بمشيئة من لا يظهر مشيئته لنا كما اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى أو الجن أو هذا الحائط (قوله فيكون الاستثناء) أى على قول محمد رحمة الله تعالى عليه (قوله أوذكر الشرط) أى على

وقوله (فيكون الاستثناء) يعنى على قول محمد (أوذكر الشرط) يعنى على قول أبى يوسف

(قوله وقوله فيكون الاستثناء يعنى على قول محمد أوذكر الشرط يعنى على قول أبى يوسف) أقول مخالف لما أسلفه آنفا الا ان يكون اشارة الى النقل الآخر عنهما ثم أقول ولا يبعد ان يقال الظاهر ان المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه وذكر الشرط فى سائر الشروط

(وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى) لان بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون ايجابا والموت ينافى الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثنتين طلقت واحدة)

فى التشبيه ايجاب المال قال وبه نأخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه *(فروع)* طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا اشكال فى ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره فى الحاوى للامام محمود البخارى ولو شهدا عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التى تقبل فيها الشهادة على النفى فان لم يشهدا على النفى بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعى الاستثناء ففى المحيط القول قوله وفى فوائد شمس الاسلام الاوزجندى لا يسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل اذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفى الفتاوى للنسفى لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقنى فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك أنت طالق ان دخلت فقالت طلقنى منجزا القول قوله وفى الفتاوى الصغرى اذا ذكر الجعل لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع ونقل نجم الدين النسفى عن شيخ الاسلام أبى الحسن ان مشايخنا أجابوا فى دعوى الاستثناء فى الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذى عندى ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفى ينبغى ان يؤخذ بما فى المحيط من عدم الوقوع تصديقا له وان عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغى ان لا يؤخذ بقوله المانع لغلبة الفساق فى هذا الزمان ولو طلق فشهد اثنان انك قد استثنيت وهو غير ذاكر ان كان بحيث اذا غضب لا يدرى ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها (قوله وكذا اذا ماتت) معطوف على قوله واذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق وقوله والموت ينافى الى آخره جواب عن مقدر هو ان الموت ينافى الواقع من الطلاق حتى لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثا فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغى ان ينافى الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق أجاب بأن الموت ينافى الموجب فيبطل به و يناسب الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل فى ذلك أو أن يبدو له فيتركه ليس بشئ لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا اذا كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى فى اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج (قوله ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة) وعن أبى يوسف لا يصح الاستثناء لانه استثنى الاكثر وهو قول طائفة من أهل العربية وبه قال أحمد قالوا لم تتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادى المخلص هكذا استقر الاستعمال القرآنى

قول أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه على اختلاف التخريجين والحكم واحد فى قوله أنت طالق ان شاء الله تعالى (قوله والموت ينافى الموجب دون المبطل) لان الموجب يقتضى المحل وبالموت يبطل المحل فينافيه والمبطل يلايم الموت فى ابطال الموجب فلا ينافى الموت المبطل (قوله بخلاف ما اذا مات الزوج) أى بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق وانما يعلم ذلك فيما اذا قال قبل الايقاع انى اطلق امرأتى واستثنى وذكر فى المحيط فعلى قياس مسئلة النوازل قالوا ان من حلف وأراد ان يقول فى آخره ان شاء الله فسد انسان فمه انه يكون استثناء تاويله اذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلا به وقد وجدنا فى نوادر هشام انه قال سألت محمدا عمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وهو يريد ان يستثنى فامسكت بفمه وحالت بينه وبين الاستثناء قال يلزمه الطلاق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى

وقوله (وكذا اذا ماتت) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعنى اذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قبل الايجاب وجد فى حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق أجاب بقوله (والموت ينافى الموجب دون المبطل) يعنى ان الايجاب لو اتصل بالموت بان تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لان مبطل الشئ ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما اذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما تعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك انى أطلق امرأتى واستثنى (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة) وفى ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الا الاكثر ويدعى انه لم يتكلم به العرب

والاصل

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان على درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض

على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل فى الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه ففى الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادى كلكم جائع الا من أطعمته يا عبادى كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع فى تركيب معين لا يستلزم عدم صحة استعماله ألا ترى انه لم يسمع له مائة الا ثمنا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقى بعد المستثنى وقولهم اخراج عن الصدر الى آخره تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانها تستدعى سبق الدخول فان اعتبر الدخول فى التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء لان تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهى قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول فى الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا و يلزم أن لا يصح فى نحو قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم حينئذ اما أن يكون كاذبا فى ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن فى الواقع أو فى الاستثناء ان كان هو المنتفى أو غالطا فى أحدهما و يستحيلان فى حقه تعالى فلزم بالضرورة أنه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم هل يكون مرادا بالصدر أعنى العام أو الكل ثم أخرج ثم حكم على الباقى أو أريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والاقرب يتبعه خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقى أى حكمه عليه وحققنا فى الاصول ان معنى القول الاول انه أريد عشرة وحكم على سبعة فى قوله على عشرة الا ثلاثة فارادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم والا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضى الباقلانى على ان التحقيق ان قوله هو أحد المذهبين كما حققناه فى الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله اذ لا فرق بين قول القائل على درهم وعشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز من قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه فى الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله أعلم فانهم مصرحون بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا أو قالوا على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفى اثبات توجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا فى ضمن العشرة بالاثبات و بعد الا بالنفى لكن لا شك فى انه بحسب الظاهر لا حقيقة للاسنادين فيها والا كان تناقضا وحينئذ فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الثانى فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل

(قوله والاصح ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى تكلم بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء (قوله هو الصحيح) هذا احتراز عن قول بعضهم ان الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات وهذا يتفرع الى أن فى الاستثناء معنى المعارضة وذلك فاسد لما عرف فى أصول الفقه (قوله ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه) أى بما بقى من المستثنى منه (قوله استثناء البعض من الجملة) أى لما صح ذلك لم يفرق بين ان يكون المستثنى أقل أو أكثر خلافا للفراء فانه يقول لا يصح استثناء الاكثر لانه لم تتكلم به العرب فلم يصح عنده قوله أنت طالق ثلاثا الا ثنتين ٧ لانه استثناء الاكثر * وروى عن أبى يوسف رحمه الله أيضا انه لا يصح هذا الاستثناء لان الاستثناء بيان فان من قال جاء القوم الا فلانا كان بيانا للجائين بطريق الاختصار اذ لو اشتغل ببيان من جاء لطال الكلام وهذا انما يتحقق فى استثناء القليل من الكل لا فى استثناء الكثير منه * وفى ظاهر الرواية لا فرق لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا فرق فى هذا بين القليل والكثير بل شرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شئ ليصير متكلما به واذا قال أنت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة * قيل على قول أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تتجزأ فى الايقاع لا تتجزأ فى الاستثناء فصار كأنه قال الا واحدة

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احترار عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه أصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان على درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان أو كثيرا أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده

٧ هكذا بالنسخ ولعل فيه سقطا يستقيم به التمثيل تامل اه مصححه

بعـدة ولا يصح استثناء الـكل من الـكل لانه لا يبقى بعده شئ ليصير متـكلما به وصار فاللفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبـل واذا ثبت هذا ففى الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفى الثانى واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الـكل من الـكل فلم يصح الاستثناء

معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين فظهر انه لم يحكم فى الصدر الا على سبعة (قوله ولا يصح استثناء الـكل من الـكل قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ودفع بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لـكنه لا يجوز فيها أيضا لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر فى الـكتاب من انه حينئذ لا يبقى بعده شئ يصير متـكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا للتـكلم بالباقى بعد الثنيا لا لنفى الـكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفى انه لنفى الـكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شئ من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الـكل مخرجا بغير لفظ الصدر أو مساويه كعبيدى احرار الا مماليكى فيعتقون كما صرح به فى المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف فلو قال نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحـدة منهن وفى البقالى لو قال كل امرأة لى طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفى الذخيرة لو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبى حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن أبى يوسف واحدة وهو قول زفر فكان أبا حنيفة يرى توقف صحة الاولى الى ان يظهر انه مستغرق أولا وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وزفر يرى اقتصاره على الاولى والثانية وقول أبى حنيفة أوجه لان الصدر متوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه اخراج شئ ولو قال واحدة وثنتين الا ثنتين أو ثنتين وواحدة الا ثنتين يقع الثلاث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه فى الاولين اخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة وفى الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيدنا بطلان المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعـد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان صح فانه ذكر فى فتاوى الولوالجى لو قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعـدد الاستثناء بلا واو كان الـكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة كان اوقع ثنتين لانك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقى ثنتين فقد أخرج من الثلاث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما من الثلاث الصدر فصار الباقى واحدة وهذا بناء على ان الثلاث المستثناة من الثلاث لم تبطـل بل تتوقف الى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله أعـلم وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته ومن فروعها لو قال له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا أربعة الا ثلاثة الا اثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين وأربعا الا ثلاثا يقع الثلاث ذكره القدورى وأصله ان الاستثناء تصرف فى اللفظ أولا ويستتبع الحـكم على ذلك التقدير لا فى الحكم ابتداء فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الـكل ولهذا لو قال أنت طالق أربعا الا ثلاثا تقع واحدة

وعند محمد رحمه الله تعالى عليـه تطلق ثلاثا لانه لما استثنى نصـف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا (قوله ولا يصح استثناء الـكل من الـكل لانه لا يبقى شئ يصير متـكلما به) فبقى كلامه الاول كما كان فيقع الثلاث وظن بعض أصحابنا رحمهم الله ان استثناء الـكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وهـذا وهم منهم لانه بطل استثناء الـكل فى الوصـية أيضا مع ان الوصية تحتمل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ولو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة عند أبى حنيفة رحمه الله تطلق

(ولا يصح استثناء الـكل من الـكل) مثل ان يقول عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شئ (يصير متـكلما به وصار فاللفظ اليه) فبقى كلامه الاول كما كان ويقع الثلاث وقد ظن بعض أصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الـكل فى الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع وذكر المصنف فى زياداته أن استثناء الـكل من الـكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ وأما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الـكل من الـكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائى طوالق الا كل نسائى لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائى طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو

(قوله وذكر المصنف فى زياداته ان استثناء الـكل من الـكل الى قوله وان كان هو استثناء من الـكل) أقول دليله مذكور فى الشروح

والله

والله تعالى أعلم بالصواب

أو عشرة الا تسعة طلقت واحدة أو خمسا الا واحدة يقع الثلاث وفى المنتقى طالق ثلاثا وثلاثا الا أربعا فهى ثلاث عند أبى حنيفة وزفر لانه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الـكل وعند أبى يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا الا أربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينوى فان قال عنيت ثنتين من الثلاث الاول وثنتين من الثلاث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الحلوانى فى هذه المسئلة ولا فى المنتقى ولو قال طالق ثلاثا الا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة فى رواية ابن سماعة عن أبى يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح وفى رواية أخرى ثنتان وما قيل ان هذه الرواية تناسب أصل أبى يوسف يعنى فى منع اخراج الاكثر ثم الا ينبغى لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية ووجه الصحيح انه وقع الشك فى الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة *(فرع)* اخراج بعض التطليقـة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلاثا الا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيـل على قول أبى يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزأ فى الايقاع فكذا فى الاستثناء فكأنه قال الا واحدة والجواب ان فى الايقاع انما لا يتجزأ اعنى فى الموقع وهو لم يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا

ثلاثا لانه عطف بعض الـكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنيا الـكل فكأنه قال الا ثلاثا * وهو الظاهر من قول أبى يوسف رحمه الله * وروى عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله لانه لما قال الا واحدة وواحـدة كان مستثنيا الثنتين فكان صحيحا وانما بطل استثناء الثالثة فقط كذلك فى المبسوط

وذكر فى زيادات المصـنف رحمه الله ان استثناء الـكل من الـكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك
اللفظ أى بعين لفظ المستثنى منه وأما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ يصح وان كان هو استثناء
الـكل من الـكل وكذلك لو قال ثلث مالى لزيد الا ألفا وثلث ماله ألف صح الاستثناء
* وذكر فى المحيط والذخيرة وذكر القدورى فى شرحه اذا أوقع أكثر من
ثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الـكلام لا من جملة الثلاث التى
نحكم بوقوعها * وروى عن محمد رحمـه الله فى النوادر نسائى
طوالق الا فلانة وفلانة وفلانة وليس له من النسوة
سواهن صح الاستثناء * وفى البقالى اذا
قال كل امرأة لى طالق الا هذه
وليس له غـيرها لم تطلق
والله تعـالى أعلم
بالصواب

*(تم الجزء الثالث من فتح القدير والكفاية على الهداية
ويليه الجزء الرابع أوله باب طلاق المريض)*

استثناء الـكل من الـكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظى فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء من الـكل صح لفظا وكذا فيما بقى اذ لو كان الاستثناء يتبع الحـكم الشرعى لما صح فى قوله أنت طالق عشرة الا تسعة لما انه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله (وانما يصح اذا كان موصولا به) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب







(فهرست الجزء الثالث من شرح فتح القدير للعلامة ابن الهمام)

(تنبيه)

قد جعل فى طرة الثلاثة أجزاء الاول تاريخ وفاة الامام كمال الدين بن الهمام ٦٨١ وهو غلط والصواب فيه ٨٦١ فلذلك تداركنا التنبيه عليه هنا والله أعلم